



**FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA MALA FE DEL CONTRATISTA, COMO SUPUESTO DE INEXISTENCIA  
DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO Y DE  
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, EN LA EJECUCIÓN DE ADICIONALES DE  
OBRA EN EL ÁMBITO DE LOS GOBIERNOS LOCALES”**

Tesis presentada por la Bachiller en Derecho:

**ANA CLAUDIA YAÑEZ CABANA**

Para optar el Título Profesional de Abogado

**Asesor:** Abg. Juan Fernando Mendoza Banda

**AREQUIPA, 2018**

## **DEDICATORIA**

Esta Tesis la dedico a Dios por la vida, la salud y por guiarme por el buen camino.

A mis padres, Daniel y Ana; y a mi hermano Zé – mao que siempre estuvieron a mi lado, mostrándome apoyo incondicional en cada momento de mi vida, en cada proyecto, y que hicieron posible mi formación personal y profesional, motivándome a ser mejor cada día.

A mi Asesor de Tesis, por el apoyo durante la realización de este trabajo de investigación, y la formación académica brindada a lo largo de mis años de estudio.

A mi amigo y referente, Mario Farfán Carrillo, por el gran apoyo y motivación para perseguir mis objetivos, representando un ejemplo a seguir en la práctica del Derecho, y un gran soporte en aquellos momentos de mi vida.

## ÍNDICE

RESUMEN .....	
---------------	--

INTRODUCCIÓN.....	
-------------------	--

### **CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO DE LAS CONTRATACIONES CON LOS GOBIERNOS LOCALES**

1. Concepto de Contrataciones Administrativas .....	1
1.1.La evolución de la Contratación Administrativa en el Perú .....	10
2. Tipos de Contratos Administrativos.....	13
3. Finalidad Pública de los Contratos Administrativos.....	15

### **CAPITULO II: LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA Y SU FINALIDAD PÚBLICA**

1. Los Contratos de Ejecución de Obra Pública.....	20
2. El Proceso de Contratación para la Ejecución de Obra Pública.....	24
2.1. La importancia de efectuar un Proceso de Contratación Pública regular para ejecutar de manera eficiente una obra pública.....	26
2.2. Fases de la Contratación Pública.....	28
2.2.1. Actuaciones preparatorias.....	28
a) Presupuesto Institucional de Apertura .....	29
b) Plan Anual de Contrataciones .....	29
c) Requerimiento .....	31
d) Expediente de Contratación .....	33
e) Estudio de Mercado y Valor Referencial .....	36
f) Comité de Selección .....	38
2.2.2. Proceso de Selección.....	40
2.2.3. Ejecución contractual.....	43
a) Contenido y perfeccionamiento del Contrato .....	44
b) Resolución del Contrato .....	46
2.3. El Expediente Técnico .....	47
2.3.1. Importancia.....	48

2.3.2.	Contenido y elaboración.....	48
2.3.3.	Procedimiento de aprobación.....	49
2.4.	La Modificación del Contrato.....	50
2.4.1.	Las Ampliaciones de Plazo y su procedimiento de aprobación.....	52
2.4.2.	La Ejecución de Adicionales de Obra y su procedimiento de aprobación.....	57
	a) Adicionales de Obra menores al 15% .....	59
	b) Adicionales de Obra mayores al 15% .....	60
3.	La Finalidad Pública de los Contratos de Ejecución de Obra.....	61

### **CAPITULO III:**

#### **EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

1.	Definición.....	63
2.	Presupuestos para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa .....	72
2.1.	El enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor.....	74
	a) Enriquecimiento.....	74
	b) Empobrecimiento.....	76
2.2.	Conexión entre el enriquecimiento y empobrecimiento.....	79
2.3.	Ausencia de causa jurídica para el enriquecimiento y empobrecimiento.....	81
2.4.	Buena fe del proveedor.....	83
	2.4.1. Definición del Principio de Buena Fe .....	84
	2.4.2. Características de la Buena Fe.....	88
	2.4.3. La Buena Fe en la Doctrina y Legislación comparada .....	90
3.	La Buena Fe en la contratación pública.....	93
	3.1. Evolución de la Buena Fe en el ámbito de las contrataciones .....	93
	3.2. La ausencia de la Buena Fe en las contrataciones públicas.....	96
4.	Órgano competente para resolver el Enriquecimiento sin causa.....	98
5.	El Enriquecimiento sin Causa en la ejecución de Adicionales de Obra.....	101

**CAPITULO IV**  
**LA EJECUCIÓN DE ADICIONALES DE OBRA COMO SUPUESTO DE**  
**MODIFICACIÓN DEL CONTRATO**

1. Definición.....	107
2. Supuestos.....	113
2.1. Adicionales de Obra menores al 15% del monto contratado.....	114
2.2. Adicionales de Obra mayores al 15% del monto contratado.....	117
3. Procedimiento de Aprobación.....	122

**CAPITULO V**  
**PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LA**  
**CONTRATACIÓN PÚBLICA**

1. Definición.....	128
2. Características.....	134
3. Ruptura del Equilibrio Económico Financiero de los Contratos Estatales.....	137
3.1. Causales de Ruptura reconocidas en la doctrina.....	138
a) Potestas Variandi.....	138
b) Teoría del Hecho del Príncipe.....	140
c) Teoría de la Imprevisión.....	142
3.2. La Ruptura del Equilibrio Económico Financiero en el Perú.....	145
3.3. La Ruptura del Equilibrio Económico Financiero en la doctrina y legislación comparada.....	148
3.4. El restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero.....	153
3.5. La ausencia de la Buena Fe del contratista como supuesto de inexistencia de ruptura del Equilibrio Económico Financiero del contrato.....	158
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>164</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>168</b>

## **RESUMEN**

Los Contratos de Ejecución de Obra deben procurar un equilibrio entre las prestaciones tanto a cargo de la Entidad contratante, como a cargo de la Empresa Contratista. Sin embargo, frecuentemente durante la ejecución del contrato, se verifican hechos que dan lugar a la necesidad de modificar el presupuesto del contrato, generando la ejecución de Adicionales de Obra, pues se evidencian partidas que no estaban inicialmente previstas en el Expediente Técnico, pero que necesitan ser ejecutadas para cumplir con las metas totales del proyecto, para este fin, el Contratista previamente debe contar con la autorización de la Entidad para dicha ejecución. Empero, hay casos en los que el Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin contar con autorización de la Entidad, siendo que es necesaria su ejecución para cumplir con el objeto del contrato, hecho que genera la negativa de la Entidad a retribuir por el Adicional ejecutado, motivo por el cual la Entidad podría estar incurriendo en el supuesto de Enriquecimiento Sin Causa, por lo que ésta debería pagar al Contratista, siempre que se acredite que el Adicional coadyuva al cumplimiento de los fines públicos.

## INTRODUCCIÓN

Las Entidades del Estado para el cumplimiento de sus fines públicos, adquieren bienes, contratan servicios y ejecutan obras, como resultado de un Proceso de Selección que tiene como finalidad que la entidad otorgue la Buena Pro a un proveedor del Estado, con quien corresponderá formalizar una relación contractual, ya sea a través de la suscripción de un contrato.

La formalización de la relación contractual o perfeccionamiento del contrato genera un conjunto de obligaciones para las partes, las mismas que deben ser cumplidas con la finalidad de conservar el equilibrio económico del contrato. De igual modo, se dan casos en los que habiéndose contratado válidamente, el Estado requiere contratar complementariamente o requiere la ejecución de prestaciones adicionales, las cuales se concretan sin que se hayan realizado los procedimientos de Ley, o sin que se cuenten con las aprobaciones respectivas, ni los documentos sustentatorios que corresponden.

Ahora bien, cuando las entidades públicas contratan para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, existen acciones u omisiones que en muchos casos contravienen lo establecido en la propia Ley de Contrataciones, y a su vez podrían generar el enriquecimiento sin causa a su favor, con el consecuente empobrecimiento del proveedor. La situación descrita, da lugar a que los proveedores entreguen bienes, presten servicios o ejecuten obras, corriendo el riesgo de que no vayan a recibir el pago respectivo, pese a que actúen en muchos casos con buena fe y confianza, conceptos que deben primar en toda relación contractual.

En todos los casos previamente descritos, la entidad pública está ante una situación en la que no cuenta con un documento de respaldo que le permita sustentar el pago que le corresponde realizar a favor del proveedor; pero corresponde tener presente que el Derecho no ampara el enriquecimiento sin causa, por lo que la entidad está obligada a reconocer y pagar el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor.

Ahora bien, para demostrar nuestra hipótesis en torno a que la ausencia de la Buena Fe por parte del contratista en la ejecución de adicionales de obra, no constituye un supuesto de ruptura del Equilibrio Económico Financiero de los contratos celebrado por los Gobiernos Locales, por lo que no se configura un Enriquecimiento sin causa por parte de la entidad contratante; por ende no es responsabilidad de éstas últimas, restablecer el Equilibrio Económico Financiero con el pago de los adicionales ejecutados, salvo que se compruebe que estos cumplen con su fin público, hemos dividido la presente tesis en seis capítulos.

En el primer capítulo desarrollare el marco teórico donde veremos los conceptos de los contratos que se celebran en el ámbito de la Administración Pública, los mismos que deberán cumplir con la finalidad pública que persigue el estado conforme establece la Constitución Política del Perú.

En el segundo capítulo, se desarrollará el proceso de contratación para la ejecución de obras públicas, así como la importancia de efectuar un regular y adecuado proceso de contratación que garantice la óptima ejecución de la obra pública, lo que permitirá cumplir con la finalidad pública intrínseca a los contratos celebrados por los Gobiernos Locales.

En el tercer capítulo, se abordará a una definición del enriquecimiento sin causa, en el ámbito de las contrataciones públicas, para lo cual se desarrollaran los presupuestos establecidos por el órgano rector de las contrataciones con el estado (OSCE), tales como: i) Enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor, ii) Conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, iii) Ausencia de causa jurídica para el enriquecimiento y el empobrecimiento y iv) Buena fe del proveedor; haciendo hincapié en el presupuesto referido a la buena Fe del proveedor dentro de la contratación pública, específicamente en los contratos de ejecución de obra pública y sus respectivos adicionales, toda vez que éstos últimos sean necesarios para cumplir con la finalidad pública del Estado.

En el cuarto capítulo se desarrollará la ejecución de Adicionales de Obra como supuesto de modificación del contrato, dando una explicación y comparación de aquellos que están por debajo del 15% del monto contratado y los que se encuentra por encima del 15% del monto



contratado. Cabe indicar, que la presente investigación se enfocará en aquellos Adicionales de Obra menores al 15% del monto contratado, los cuales no requieren de la intervención por parte de la Contraloría General de la República, pues son aprobados por el titular de la entidad.

En el quinto capítulo, se definirá el Principio de Equilibrio Económico Financiero en la contratación pública, así como las causales de su ruptura, haciendo la comparación entre la doctrina y legislación peruana respecto de la doctrina y legislación de otros países. Y por último, se abordará la forma de restablecer el equilibrio económico-financiero a favor de la parte empobrecida, indistintamente de que haya actuado de buena fe o en ausencia de ésta.

Por último, se desarrollaran las Conclusiones de la investigación, a fin de comprobar nuestra hipótesis.

## **CAPITULO I**

### **MARCO TEÓRICO DE LAS CONTRATACIONES CON LOS GOBIERNOS LOCALES**

#### **1. Concepto de Contrataciones Administrativas**

En principio, es necesario señalar que el Contrato es en esencia una figura civil, que es llevada al ámbito de la Administración Pública, donde se aplica a los supuestos en los que el Estado se relaciona con otros entes públicos o privados. Partiendo de esta premisa, es factible entonces abordar la definición de Contrato desde el ámbito civil.

Siendo así, en palabras de L. Díez-Picazo y Ponce de León, el Contrato constituye uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilización y es el medio a través del cual se ejecuta la función económica de intercambio y distribución de bienes y servicios entre individuos y grupos sociales<sup>1</sup>.

Ahora bien, el Contrato es regulado como tal en nuestro Código Civil, específicamente en el Art. 1351°, definiéndolo como aquel acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Por lo que, es claro que los Contratos pese a estar regulados en otro apartado del Código Civil, terminan siendo una especie de Acto Jurídico.

El contrato, en principio debe ser entendido como un acto jurídico que produce efectos, los mismos que están destinados al cumplimiento de un objeto. En ese mismo sentido, el Código Civil Peruano contempla el concepto de Acto Jurídico en su Art. 140°, entendiéndose como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, indica además lo requisitos de su validez, haciendo referencia a los siguientes: Agente capaz, Objeto física y jurídicamente posible, Fin lícito y

---

<sup>1</sup> L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Contrato y Libertad Contractual”, *Themis*, Tomo 49, 2004, p. 8.

Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad<sup>2</sup>. Entonces, podemos decir que para que un acto jurídico sea válido, debe tener todos los requisitos señalados, dentro de ellos, debe tener un objeto, el cual se exterioriza en el resultado del acto jurídico.

Sin embargo, cabe hacernos la pregunta: ¿Qué entendemos por Objeto del Contrato?; a efectos de responder a esta interrogante, cabe citar lo referido por Manuel de La Puente y Lavalle, el cual sostiene que hay diversas posiciones respecto a lo que es el objeto del contrato, en primer lugar hay un grupo que opina que el objeto del contrato es simplemente lo que las partes quieren; otro grupo, señala que el objeto del contrato es la operación jurídica que se desea realizar; y finalmente otro grupo entiende que el objeto del contrato es la realidad última susceptible de utilidad. El autor citado, respalda la segunda posición, e indica que el objeto del contrato es poner en manos del interesado el instrumento jurídico apto para generar los efectos que se desea obtener.<sup>3</sup>

Entonces concluimos que el contrato, en términos generales, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas, además podemos colegir que el contrato supone la vinculación de las partes que lo suscriben, es decir que entre los suscribientes deberá haber igualdad de las partes, y asimismo están en la obligación de respetar lo establecido en el contrato. Por ello, en primera instancia se debe tener claro el objeto del contrato, el cual se entiende como las obligaciones a cargo de las partes, es decir, se materializa en una conducta consistente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Y de otro lado, se debe considerar que el cumplimiento del Objeto del Contrato permitirá la consecución del fin del contrato, que se materializa en la satisfacción de los intereses de las partes contratantes.

Ahora bien, teniendo ya definido al contrato, así como el objeto del mismo, debemos remitirnos al tema que nos ocupa en el presente trabajo de investigación, esto es los Contratos Administrativos, es decir aquellos que celebran en el ámbito de la Administración Pública, los mismos que se rigen por el Derecho Administrativo, los cuales tienen de un lado a un organismo del Estado y de otro a un ente público o privado, es así

---

<sup>2</sup> Código Civil Peruano, Art. 140: El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

<sup>3</sup> M. DE LA PUENTE Y LA VALLE, *Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil, El Contrato en General*, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007 p. 11.

que dentro de ellos tenemos por ejemplo: los contratos de empleo o función pública, empréstito, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, ejecución de obra pública y suministro.

Resulta imperioso hacer la distinción entre los Contratos de naturaleza Civil y los Administrativos, que en esencia ambas figuras tienen muchos elementos en común, empero hay elementos que hacen la diferencia entre éstos dos tipos de contratos, nos referimos a los agentes celebrantes del contrato, el objeto y consecuente fin del mismo.

Conviene citar a J. C. Cassagne, pues refiere que el criterio del servicio público es a todas luces inconveniente para centrar en él la noción conceptual de contrato administrativo, ya sea porque no existe acuerdo doctrinario acerca de los alcances ni amplitud del concepto, o bien, por la aparición de los servicios públicos industriales o comerciales, que en principio se hallan sometidos a las reglas del Derecho privado. Además, indica que fuera de lo impreciso de la noción de utilidad pública es evidente que muchos contratos administrativos tales como la concesión de uso de un bien del dominio público, no persiguen fines de utilidad pública, y se encuentran dentro del ámbito de la función administrativa.<sup>4</sup>

Por otro lado, para O. Trelles de Belaunde, el criterio de los sujetos sólo es útil para establecer cuándo no nos encontramos ante un contrato administrativo, hecho que se origina cuándo la Administración Pública no sea parte en el contrato, empero no configura un criterio para establecer que un contrato en el que participa la Administración Pública es administrativo, pues las Entidades pertenecientes a la Administración Pública también pueden celebrar contratos privados. Además, opina que un contrato será administrativo cuando su objeto, es decir, la materia que regule sea de naturaleza administrativa, y siempre y cuando la Administración sea parte del mismo. Se entiende por materia administrativa cuando estemos ante temas de interés público, bienes de dominio público o en general, cuando la Administración contrate con un fin público. En ese sentido, concluye el autor que el criterio determinante para establecer la naturaleza de los contratos que celebra la Administración, debe ser el contenido del mismo, pues debe tenerse en cuenta

---

<sup>4</sup> J. C. CASSAGNE, "Los contratos de la administración pública (distintas categorías y regímenes jurídicos)". *Revista de Administración Pública* N° 78, diciembre, 1975, pp. 418-419.

que el fundamento de la existencia de contratos administrativos, y el especial régimen que los rodea, está en el interés público que se intenta cautelar, pues si no se pondría a la Administración en una posición de privilegio innecesariamente.<sup>5</sup>

A criterio personal, podemos asumir que si bien es cierto la Administración tiene prerrogativas en la celebración de Contratos Administrativos, sin embargo dichas prerrogativas no generan perjuicios en la otra parte del contrato, o en su defecto estos perjuicios son menores a los que recaerían en el interés público si la Administración no tuviera dichas prerrogativas, hecho que hace suponer que el interés público es un concepto fundamental para la existencia de los contratos administrativos.

Ahora bien, en gran parte de la doctrina se evidencia una aparente contradicción, toda vez que partimos de la premisa de que en el Contrato se basa en la igualdad de las partes que intervienen en el mismo; mientras tanto, si decidimos llevar la figura del Contrato Civil a la realidad del Derecho Público, tenemos el origen de los Contratos Administrativos, los cuales de manera evidente no tienen la condición igualitaria en primera instancia, en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente. Sin embargo, la existencia de los Contratos Administrativos recae en la condición de que el Estado se despoje de su autoridad para que se desenvuelva como un particular más.

Nuevamente podemos citar a O. Trelles de Belaunde, pues establece algunas reglas aplicables a los Contratos Administrativos, partiendo por señalar que el ordenamiento jurídico le confiere al Estado una serie de poderes, y debido a que su fuente es la ley, los poderes a que hacemos referenciase encontrarán presentes aun cuando no se los incluya en el Contrato Administrativo. Además, es evidente que la existencia de estos poderes se justifica por el interés público en juego en los contratos administrativos, al tener éstos un fin público.<sup>6</sup>

Conforme a lo descrito líneas arriba, dentro de los poderes que tiene la Administración, se tienen:

---

<sup>5</sup> O. TRELLES DE BELAUNDE, “El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”, *Themis*, Tomo 44, Lima, 2002, pp. 237-240.

<sup>6</sup> *Ibíd*em pp. 240-241

a) Poderes de dirección, inspección y control, relacionados todos ellos entre sí, ya que los tres se encuentran basados en el interés de la Administración en la consecución del fin último del contrato, pues si bien la Administración delega en un contratista la ejecución de un servicio, obra o suministro, ésta siempre es responsable de velar por una adecuada ejecución para lograr la satisfacción del interés público. En ese sentido, se entiende que la Administración debe siempre cumplir su fin público, sea por sí misma o por terceros, es ahí donde radica el ejercicio del poder de dirección, inspección y control. Sin embargo, en caso del eventual incumplimiento de alguna de las prestaciones a cargo de los contratistas, la Administración también tiene el poder de sancionar a éste último, por cuanto causa un perjuicio al interés público<sup>7</sup>.

b) Poder de interpretación unilateral del contrato, que consiste en que la Administración puede resolver en una primera oportunidad, en forma unilateral, las incidencias que surjan entre ella misma y el contratista, a fin de evitar que la discordancia en la interpretación, dé lugar a un perjuicio al interés público. Por lo que, al interpretarse el contrato debe tenerse en cuenta el interés público y el fin público del contrato<sup>8</sup>.

c) El *Ius variandi*, que consiste en la facultad que tiene la Administración para modificar el contenido del contrato, con el fin de proteger el interés público y en la medida que éste así lo requiera, debiendo estas modificaciones ser necesarias y siempre que se compense al contratista para mantener el Equilibrio Económico Financiero del contrato. En definitiva, este es un poder que en primera instancia, podría dar pie a entender que la Administración tiene un dominio absoluto del Contrato y podría incluso desalentar a aquellos contratistas que pretenden relacionarse con la Administración. Sin embargo, esto no es así, toda vez que la Administración tiene límites, tales como el respeto a la sustancia del contrato y a la esencia de su objeto, y sobre todo la no variación del Equilibrio Económico Financiero, siendo que éste último consiste en que ante toda modificación unilateral del contenido del contrato, la Administración está obligada a mantener la ecuación económica del mismo, es

---

<sup>7</sup> J. R. DROMI, *"Derecho Administrativo"*, Tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 1992, p.p. 396-397, citado por O. TRELLES DE BELAUNDE, *"El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos"*, THEMIS, Tomo 44, 2002, p. 242.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *"Curso de Derecho Administrativo"*, Madrid, Civitas, 2000, p. 725, citado por O. TRELLES DE BELAUNDE, *"El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos"*, THEMIS, Tomo 44, 2002, p. 243.

decir una igualdad entre derechos y obligaciones del particular. Entonces, es preciso señalar que si la Administración afecta el Equilibrio Económico Financiera del contrato, está en esa medida obligada a compensar dicha afectación<sup>9</sup>.

d) Poder de resolución unilateral, el mismo que se entiende como irrenunciable y puede ser ejercido por la Administración de manera directa sin intervención del Órgano Judicial, aunque sólo cuando se funde en razones relativas al interés público, en caso de incumplimiento o mora del contratista privado. Por lo que, este poder brinda a la Administración la solución inmediata, ante el incumplimiento del contratista y la urgencia, dándole la posibilidad de ejecutar cierta prestación por sí misma y luego cobrarle el costo a éste o resolver el contrato<sup>10</sup>.

Dicho esto, es evidente que todos estos poderes que tiene la Administración, tienen su fundamento principal en el interés público, que termina siendo el factor que justifica que se produzca la desigualdad entre la Administración y el contratista; pues mientras éste último persigue fines económicos privados, la primera persigue un fin público, que consiste en la satisfacción de una necesidad pública colectiva.

Es importante indicar que en la celebración de cualquier tipo de contrato, se debe tener como principal objetivo mantener el Equilibrio Económico Financiero de ambas partes; partiendo de dicha premisa, en el tema que nos ocupa, esto es los Contratos Administrativos, se busca el mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero, por el cual se entiende que ante hechos irresistibles e imprevisibles, no se opta por la resolver el contrato, sino por el mantenimiento del vínculo contractual, y para ello se debe buscar la mejor manera de recomponer el equilibrio logrado al momento de su celebración.

Ahora bien, como se ha detallado líneas arriba, tenemos la existencia de potestades que trascienden al contenido del contrato, siendo tales potestades las de modificación unilateral del contrato, de interpretación unilateral y ejecutoria, de dirección y control, sancionadoras

---

<sup>9</sup>J. C. CASSAGNE, *"El Contrato Administrativo"*. Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1999 pp. 34-36, citado por O. TRELLES DE BELAUNDE, *"El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos"*, THEMIS, Tomo 44, Lima, 2002, p. 243.

<sup>10</sup> *Ibíd*em p. 244

y resolutorias, entre otras. Se fundan en la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido. Siendo así, cabe indicar que la naturaleza que se le atribuye al contrato depende del contenido que tenga en cada caso concreto que se suscriba<sup>11</sup>. A la teoría que afirma la existencia de contratos administrativos por un lado y contratos privados de la administración por otro, se ha convenido en denominarla tesis dualista de los contratos del Estado; esta dualidad trae consigo la necesidad y dificultad de diferenciarlos. En posición contraria a la indicada dualidad se ubica la Tesis Unitaria, la cual postula que los contratos que suscribe el Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen<sup>12</sup>.

En referencia al concepto precitado, específicamente a la Tesis Dualista, podemos señalar que si bien es cierto al parecer no habrían grandes diferencias en el fondo, tal es el caso que si tenemos un contrato de adquisición de bienes inmuebles por ejemplo, éstos podrían ser considerados como contratos privados de la administración; de otro lado, si tenemos un Contrato para ejecución de Obra Pública o Concesión, se consideran estos como Contratos Administrativos. Siendo así, se infiere que las diferencias a las que hace referencia la Tesis Dualista se manifiestan en la existencia de potestades intrínsecas que son atribuibles al Estado en los Contratos Administrativos, a diferencia de la igualdad que se evidencia en los Contratos de Administración.

Se debe señalar que conforme se ha contractualizado el Derecho Administrativo, el Estado no se ha limitado a participar en contratos como un simple vendedor o comprador de bienes y servicios, en los que, sin perjuicio de sus facultades públicas, entra a contratar, con privilegios y asimetrías, con los particulares. Desde la construcción de obras (públicas o no), adquisición de bienes y contratación de servicios y venta de bienes y servicios por entidades y empresas públicas, el Estado se ha vinculado contractualmente con empresas e individuos<sup>13</sup>. En ese sentido, acorde lo señalado por el referido autor, es evidente que en la actualidad el Estado no sólo asume un rol pasivo en la economía del país, sino que por el contrario ejerce un rol activo dentro de la economía, para lo cual se ve en la necesidad de

---

<sup>11</sup> M. LINARES JARA, “El Contrato Administrativo en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo*, Núm. 01, 2006, p. 286.

<sup>12</sup> *Ibíd*em p. 287.

<sup>13</sup> A. BULLARD GONZALEZ, “Enemigos Íntimos. El arbitraje y los Contratos Administrativos”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2-2006, p. 2.



contratar con otros entes tanto públicos como privados, siendo éstos últimos los más frecuentes y regulados por la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento.

En concordancia con el acápite que precede, resulta claro que en la medida que el Estado participa más en la economía, también se aumenta el volumen de la contratación pública. Luego el Estado se animó a contratar sobre aspectos que usualmente hubiéramos considerado “soberanos” y por tanto “no negociables”. Por ejemplo, comenzó a conceder seguridades a la inversión, sea por medio de contratos de estabilidad o garantía, o mediante contratos de concesión, muy comunes, pero no exclusivos, de la prestación de los servicios públicos, en los que se contractualizaban reglas vinculadas a aspectos regulatorios (contratos que suelen contener regímenes tarifarios, regímenes de calidad de servicio o compromisos de inversión, etc.), regímenes cambiarios y de remesa de divisas, e incluso reglas tributarias.<sup>14</sup>

Ahora bien, si bien es cierto el Estado es soberano y al celebrar contratos con otros entes, se inserta en la actividad económica, se debe tener en cuenta la finalidad pública de éstos, toda vez que es una característica intrínseca de los mismos, pues no podríamos tener un Contrato Administrativo, sin que éste sea en beneficio del Estado, y por consiguiente de la población que lo respalda. En ese sentido, se tiene que el Estado materializa sus obligaciones y las de la otra parte en un documento escrito que contiene todos aquellos parámetros que se deben seguir para cumplir con el objeto del contrato (contrataciones de bienes, servicios y ejecución de obras), asimismo indican las penalidades en caso de incumplimiento de las obligaciones de cada parte, dicho documento designa también al órgano competente para resolver en caso se produzca alguna controversia respecto de su cumplimiento.

La caracterización del contrato de la Administración resulta del objeto del contrato, es decir, las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución. Conceptualmente

---

<sup>14</sup> Ibídem p. 3

entendemos que contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

Ahora bien, resulta lógico señalar que en los Contratos Administrativos, al estar comprometidos fondos públicos, y que los mismos están sujetos a una serie de limitaciones para su disponibilidad, se debe tener mayor cautela respecto de su utilización, para lo cual se deben seguir determinadas formalidades que permitan la transparencia y seguridad por parte de los ciudadanos con respecto a la actuación del Estado.

El concepto de contrato administrativo es aún un concepto polémico, pues en algunos casos resulta contradictorio que se pretenda insertar en el Derecho Público, la figura del Derecho Privado, máxime si se tiene en cuenta que el contrato es una figura en la cual parece que habrían de desaparecer necesariamente algunos criterios que tradicionalmente vienen marcando al Derecho Público, tales como la desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración, que se concreta en el poder de mando, al serle atribuidas ciertas prerrogativas.<sup>15</sup>

Dicho esto, se concluye que los Contratos Administrativos se manifiestan como un acuerdo entre el Estado y un ente público o privado, que está destinado al cumplimiento de una finalidad pública, al ser ésta última el fin perseguido por el Estado, debiendo éste en la mayoría de casos despojarse de su Principio de Autoridad para poder contratar con otra parte, en términos de igualdad, no dejando de lado el respeto a los parámetros que establece la ley de la materia que corresponda, según sea el contenido del contrato y objeto de contratación, y que en todos los casos no dista del cumplimiento de fines de naturaleza pública, tales como la prestación de servicios a favor de la población.

A lo largo de este capítulo se ha mencionado la figura del fin público, la finalidad pública, el interés público, así como la necesidad pública; todas éstas relacionadas a la actividad del Estado frente a la población. Sin embargo, en este apartado no nos detendremos de manera

---

<sup>15</sup> E. GARCÍA ENTERRÍA, “La Figura del Contrato Administrativo”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, N° 41, 1963, Madrid, p. 100.

analítica a conceptualizar el fin público, siendo que esta definición se abordará con más detalle en el punto tres del presente capítulo.

## **1.1 La Evolución de la Contratación Administrativa en el Perú.**

J. Danós Ordoñez, hace una distinción de tres etapas en la evolución del régimen de los Contratos Estatales en el Perú.

De acuerdo a lo señalado por el autor mencionado, en el primer período que abarca hasta comienzos de la década de los años ochenta, se evidenciaba una total dispersión normativa en la materia, toda vez que no existía un ordenamiento que regule de manera general para todos los organismos del sector público, el régimen de los contratos de adquisiciones de bienes y servicios o de obra pública por parte de las entidades Estatales. Además, se evidenciaban escasas normativas entorno a los procedimientos administrativos de selección (Licitaciones y Concursos Públicos), porque en la praxis, la mayor parte de las entidades del sector público tenían sus propios reglamentos de adquisiciones. En el caso del régimen legal de las Concesiones, especialmente las referidas a la explotación de algunos recursos naturales, como es el caso de la minería, solo era regulado por algunas leyes sectoriales, careciéndose de un mínimo denominador común sobre la materia<sup>16</sup>. En segundo lugar, tenemos la etapa que comienza en la década de los años ochenta, con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1979 que en su Artículo 143º, hacía referencia a la obligación del Estado de realizar la contratación de servicios, obras y suministros mediante los procedimientos administrativos de Licitación y Concurso público, con el propósito de garantizar la eficiencia y el manejo transparente de los recursos públicos<sup>17</sup>, hecho que coadyuva a conseguir la confianza de aquellos que resultan siendo los beneficiarios de la contratación que realiza el Estado. Esta etapa también, se caracteriza por la expedición de un conjunto de normas que tuvieron por finalidad ordenar, cada una en su ámbito, la regulación de los procedimientos contractuales para las adquisiciones de bienes y servicios

---

<sup>16</sup> Cfr. J. DANÓS ORDOÑEZ, "El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 02, 2006, p. 10.

<sup>17</sup> Constitución de 1979: "Art. 143.- La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

y la contratación de obras públicas por parte de las entidades estatales. Tal fue el caso del denominado Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP), aprobado mediante el Decreto Supremo No 034-80-VC (Ministerio de Vivienda y Construcción del 21 de noviembre de 1980) para la contratación de obras públicas; el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA), aprobado mediante Decreto Supremo N° 065-85-VC para la adquisición de bienes, servicios y suministros, y de la Ley N° 23554 para la contratación de actividades de consultoría y su reglamento general (REGAC), siendo que dichas normas al entender de A. Bustamante Belaunde, son normas constitucionales vagas e imprecisas, así como repetidas o contradictorias, leyes presupuestales que han definido cuándo se debe licitar y cuándo no, y para terminar excesivamente modificadas, haciendo a su vez una crítica del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCAP) o un reciente Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) que para el citado autor, evidentemente éstas fueron redactadas por ingenieros, siendo que no han definido, ni siquiera en sus términos básicos, cuál es realmente el estatuto al que deben sujetarse quienes contraten con el Estado.<sup>18</sup> Además, se tiene que durante esta segunda etapa, el régimen de las Concesiones no sufrió modificaciones importantes y continuó centrado exclusivamente en las concesiones para otorgar a los privados la explotación de algunos recursos naturales, regulados por leyes sectoriales.<sup>19</sup> Por último, se tiene la última etapa de la evolución del régimen de la contratación de la Administración Pública en el Perú, la misma que se inicia en la década de los años noventa, y en esta se tiene la aprobación de un cuerpo legal, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), la misma que es aplicable de manera general a todos los organismos públicos, y establece los procedimientos para la contratación exclusivamente de bienes, servicios, suministros y obras, y que agrupa todas aquellas normas dispersas, que por sí mismas no alcanzaban a regular de manera íntegra todos los procesos necesarios para la contratación del Estado. Además, es menester indicar que en dicha etapa se crea al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones (CONSUCODE), como organismo rector del entonces sistema de adquisiciones por parte del Estado. Asimismo, se producen importantes modificaciones en el régimen de los contratos de concesión en orden a promover la

---

<sup>18</sup> Cfr. A. BUSTAMANTE BELAUNDE, "La Contratación del Estado en el Perú", *Themis* N° 14, 1989, pp. 21- 22.

<sup>19</sup> Cfr. J. DANÓS ORDOÑEZ, "El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 02, 2006, pp. 10-11.

inversión privada, principalmente, en actividades calificadas legalmente como servicios públicos o en obras públicas de infraestructura, así también se perfecciona y amplía el marco legal de los denominados contratos - leyes utilizados para otorgar seguridades y garantías de estabilidad jurídica a los inversionistas.<sup>20</sup>

En la actualidad, tenemos que la normativa vigente que regula las contrataciones y adquisiciones estatales, se encuentra contemplada en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, y su Reglamento regulado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, así como las modificaciones efectuadas recientemente mediante Decreto Legislativo N° 1341 y Decreto Supremo N° 056-2017-EF, respectivamente. Asimismo, con los distintos avances producidos a lo largo de la evolución y unificación de la normativa que rige las contrataciones estatales, se tiene como principal órgano rector al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE), con su Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), que es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas, además de ser es el principal mecanismo de publicidad en el cual todas las entidades públicas deben brindar información de todos sus procesos de contrataciones, por lo que para realizar un proceso de contratación la entidad debe recurrir al sistema de contrataciones el cual está constituido por 3 fases: actos preparatorios, selección y la ejecución contractual, dentro de estas fases la entidad se encuentra obligada de brindar información al SEACE.

Dicho esto, se infiere que la evolución del régimen de la Contratación Estatal trae consigo aportes grandes a lo que en la actualidad se encuentra regulado en una sola normativa. Es decir, se observa que en un inicio la contratación estatal no tuvo un criterio unificado que permitiera a los entes públicos o privados que tenían la intención de contratar con el Estado, conocer a ciencia cierta los procedimientos necesarios para concretar la contratación. Sin embargo, en la actualidad se evidencia una clara evolución, toda vez que ahora se cuenta con una normativa unificada en la medida de lo posible, que rige para todos aquellos Organismos Estatales que deseen contratar bienes, servicios u obras, además permite a los entes ofertar de manera segura y transparente, de tal manera que cada

---

<sup>20</sup> Cfr. Ibídem pp. 11-13.

actuación que se lleva a cabo durante el procedimiento de contratación es registrada en un Sistema denominado SEACE, siendo la información pública, ya que se encuentra al alcance de todos los ciudadanos que se verán beneficiados en un futuro con dicha contratación.

## **2. TIPOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Respecto al tema, J. Danós Ordoñez indica que a diferencia de la Legislación Española, en el Perú no existe un régimen legal que abarque toda la contratación administrativa del Estado<sup>21</sup>. Para lo cual, conviene detallar que en la legislación de España la contratación administrativa se rige por el recientemente publicado “Texto de la Ley de Contratos del Sector Público” - Ley 9/2017, siendo que éste cuenta con un régimen legal único que abarca toda la contratación administrativa que realiza el Estado, es decir la celebración de Contratos que el Estado realiza tanto en su condición de particular despojándose de su autoridad, como en su condición ente soberano estatal.

En ese sentido, refieren J. Hidalgo Chacel y M. Reyes Escudero Villafáfila (autores españoles), en una breve descripción que la estructura de esta Ley de Contratos facilita la búsqueda del régimen aplicable a cada ente al contener los libros centrales (Libro Segundo de los contratos de las Administraciones Públicas y Libro Tercero de los contratos de otros entes del sector público), la regulación aplicable a cada entidad del sector público en función de su naturaleza, dedicándose los Títulos de cada uno de estos Libros a las fases de la vida del contrato. Además, existe un Título Preliminar dedicado a las disposiciones generales de la ley (objeto, ámbito de aplicación, negocios jurídicos excluidos, clases de contratos, contratos sujetos a regulación armonizada, etc.), un Libro Primero referido a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos y un Libro cuarto que regula la organización administrativa para la gestión de la contratación. Es un texto extenso y complejo que cuenta con 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 transitorias, 1 derogatoria, 16 finales y 6 anexos.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibíd*em p. 15.

<sup>22</sup> J. HIDALGO CHACEL y M. REYES ESCUDERO VILLAFÁFILA, “Circular Informativa sobre la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, abril 2018, pp. 1-2.

Conforme se ha descrito en el párrafo precedente, podemos señalar que a diferencia de España, entre otros, en el Perú no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la contratación administrativa que realiza el Estado. La actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es un indudable avance, debido a que proporciona una regulación unitaria, pero solo de una parte de la contratación administrativa en su totalidad, siendo que involucra a los contratos de adquisición de bienes y servicios, suministro y de obra. Sin embargo, no regula la totalidad del universo contractual del Estado.

Ahora bien, los demás contratos que suscribe el Estado y que no están contemplados dentro de la Ley de Contrataciones con el Estado, se encuentran sometidos a marcos legales especiales, empero también se puede apreciar que en muchos casos pese a la existencia de regímenes especiales, también hay un régimen general, en función del tipo de prestación a desarrollar o del nivel de gobierno que realiza la contratación.

Siguiendo la clasificación de los Contratos, conforme lo que señala J. Danós Ordoñez, dentro de los tipos más frecuentes de contratos que celebra el Estado, están los que a continuación se detallan:

Tipos de Contratos Administrativos					
<p><b>Contratos para adquisición de bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras.</b> Este tipo de contrato se encuentra regulado en el Art. 34° de la Ley N° 27972, que señala que las contrataciones y adquisiciones que realiza el Estado se sujetan a la Ley de la materia, esto es la Ley N° 30225, así como su Reglamento.</p>	<p><b>Las Concesiones para la explotación de Recursos Naturales o de bienes de dominio público, la prestación de servicios públicos</b> Regulados en el Art. 32° y 33° de la Ley N° 27972, pudiendo ser de gestión directa o indirecta, asegurando el interés común de la población. En el caso de Gobiernos Locales, el otorgamiento de una Concesión debe ser aprobada por Acuerdo de Concejo Municipal.</p>	<p><b>Contratos-Ley o Convenios de Estabilidad Jurídica.</b> Regulados en el Art.° 62 de la Constitución Política del Estado. Asimismo, se consideran doctrinariamente como un instrumento constitucional que es orientado a garantizar y asegurar las inversiones.</p>	<p><b>Contratos para disposición de bienes del Estado.</b> Regulados por la Ley N° 29151 - Ley General del Sistema de Bienes Estatales. Este tipo de contratos deben cumplir en esencia con la finalidad pública de los contratos regidos por el Derecho Público, caso contrario se podría extinguir el derecho conferido.</p>	<p><b>Contratos de Personal</b> En el ámbito de los Gobiernos Locales, la contratación de personal está sujeta a varios regímenes, conforme lo señalado en el Art. 37° de la Ley N° 27972, así como el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen CAS. y la denominada Ley del Servicio Civil - Ley N° 30057.</p>	<p><b>Convenios Interadministrativos,</b> usados para cumplir los fines Constitucionales y Legales que les compete a las entidades estatales.</p>

### 3. Finalidad Pública de los Contratos Administrativos

Podemos comenzar señalando que los entes de pertenecientes a la Administración Pública, deben cumplir con los fines que señala la Constitución Política del Estado, conforme a lo prescrito en su Art. 1° que señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En ese mismo sentido, se hace necesario el rol del Estado para la atención de las distintas necesidades que surgen dentro de la convivencia de los administrados. Sin embargo, si bien es cierto todos los administrados tienen sus propias necesidades, el Estado debe procurar atender aquellas que tienen por finalidad favorecer a una colectividad, es decir que buscan el bien común de la población, por ejemplo, la prestación de servicios básicos de saneamiento, educación, etc.

Ahora bien, conforme el tema que nos ocupa, en este caso nos corresponde remitirnos al ámbito de los Gobiernos Locales, que en su legítima e innegable función de tutela del bien común, busca optimizar los recursos públicos de manera tal que se busque el beneficio de los ciudadanos de su jurisdicción.

El Interés Público se manifiesta en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos.<sup>23</sup>

Es menester definir el Interés Público, toda vez que es uno de los pilares necesarios dentro de la Finalidad Pública de la contratación estatal. Siendo así, podemos entender que el interés público o interés general puede consolidarse incluso a través del sacrificio de los intereses de algunas categorías o grupos menores. En algunos casos el concepto de Interés Público es considerado como sinónimo de finalidad pública, pero cabe efectuar una distinción entre estos términos, siendo que el primero abarca al segundo. Del mismo modo,

---

<sup>23</sup> A. ALBERTO GORDILLO, *“Teoría General del Derecho Administrativo”, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1° edición, Tomo 8, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, p. 400.



es preciso definir el término interés como un concepto subjetivo, el cual puede ser clasificado como privado y colectivo.

Entendemos que el Estado celebra contratos diversos, específicamente Contratos Administrativos, a fin de dar cumplimiento a su finalidad pública, la misma que en principio busca es establecer normas que se orienten a mejorar el valor de los recursos públicos y que se invierten en obras u otro servicios públicos, en beneficio de la población y así promover la actuación bajo enfoques de gestión por resultados que se dan en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal forma que se efectúen en forma oportuna y cumpliendo plazos, bajo las mejores condiciones de precio y calidad y estas permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan consecuencias positivas en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Complementario al concepto de finalidad pública, tenemos el concepto de Necesidad Pública, o necesidad de interés público, definiendo al mismo como la suma de las necesidades individuales, lo cual no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene<sup>24</sup>. Es decir, que el Estado al prestar servicios públicos debe buscar satisfacer una necesidad pública (colectiva, de interés público, etc.).

El carácter especial de los contratos que celebra el Estado se debe a que utilizan fondos públicos ya que están comprometidas finalidades públicas. Por tanto, debe existir correspondencia entre los principios de la contratación pública y el aseguramiento de que las Políticas públicas se hagan realidad, situación que coadyuvará a mejorar el nivel de integración de las Entidades, y así mantener la comunicación adecuada entre el estado y la población, para así lograr un mejor funcionamiento de la Entidad Pública, buscando elevar los niveles de eficiencia y satisfacción de los usuarios internos y externos.

En opinión de O. Trelles De Belaunde, el Interés Público es un concepto fundamental, pues los poderes que tiene la Administración en los contratos administrativos encuentran su fundamento y legitimación en éste, siendo que la Administración sólo se encuentra

---

<sup>24</sup> Ibídem, p. 401.

legitimada a ejercerlos cuando el Interés Público así lo exige. Asimismo, señala también que el concepto de Interés Público es indeterminado, no pudiendo ser establecido discrecionalmente por la Administración.<sup>25</sup> Siendo así, se tiene que el concepto de Interés Público es indeterminado, pues además de ser la justificación del ejercicio de los poderes especiales de la Administración, se establece como un límite a la actuación arbitraria del Estado en su aplicación en cada caso concreto. Es decir, que si el Interés Público no fuera un concepto jurídico indeterminado y la Administración tuviera la potestad discrecional de establecer su presencia, carecería de sentido siquiera el mencionarlo. Tal es así que, si se le diera el poder irrestricto a la Administración de hacer uso sin límite alguno de sus especiales poderes, claramente se vulneraría el Estado de Derecho y sería incompatible con la justificación del régimen especial de los contratos administrativos.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha tratado de esbozar una definición del Interés Público, en su STC. N° 00090-2004-AA, definiéndolo como un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión, señalando además que tiene que ver con todo aquello que beneficia a la comunidad en general, siendo que la satisfacción del Interés Público es uno de los fines del Estado. Y concluye señalando que el Interés Público, como concepto indeterminado, se construye como la base de la motivación de las decisiones, es decir como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad.<sup>26</sup>

Del mismo modo, L. Santy Cabrera, hace un análisis de los conceptos Interés Público y Finalidad Pública, usando como referencia el Fundamento 33 de la STC. Exp. N° 3283-2003-AA/TC<sup>27</sup>, a efectos de hacer una aproximación al concepto de Interés Público. Del mismo modo, hace una enfoque en el ámbito de las Contrataciones Estatales, materia del presente trabajo, y que son reguladas por la Ley N° 30225 y su Reglamento, así como el Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la Ley y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF que modifica el Reglamento. El referido autor señala que con la modificatoria de la Ley se

---

<sup>25</sup> O. TRELLES DE BELAUNDE, “El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos”, *Themis*, Tomo 44, Lima, 2002, pp. 244-245.

<sup>26</sup> STC Exp. N° 00090-2004-AA, del 05 de julio de 2004, F.J. 11.

<sup>27</sup> STC Exp. N° 03283-2003-AA, del 15 de junio de 2004, F.J. 33, citado por L. SANTY CABRERA, “En la búsqueda de un concepto de Interés Público en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Análisis y Crítica, Gaceta Constitucional*, junio 2017, Tomo 114, p. 148.

introducen nuevos cambios, haciendo un principal enfoque en el Art. 2º de la Ley<sup>28</sup>, donde se evidencia que se agregan determinados temas puntuales respecto al literal f), cambios que garantizan la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas<sup>29</sup>, hecho que juicio personal parte de la satisfacción del Interés Público.

En concordancia con lo expuesto líneas arriba, el precitado autor afirma que los cambios efectuados en la Ley de Contrataciones con el Estado, hacen una referencia y aproximación a lo regulado en el Art. 3º numeral 3 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>30</sup>. Esta posición nos parece acertada, ya que todo Acto Administrativo que emite la Administración debe ser conducido al cumplimiento de fines de naturaleza pública, pues debe hacerse en beneficio de una colectividad, más no de un particular, máxime cuando se involucran recursos públicos.

Siendo así, podemos concluir señalando que el Interés Público es un concepto indeterminado, relacionado estrechamente con la Finalidad Pública. Partimos por señalar que debemos tener en cuenta que la Administración encuentra la esencia de su acción en la satisfacción del Interés Público, y para conseguir dicha satisfacción podrá ejercer sus poderes especiales en cada caso concreto, es decir que el Interés Público termina siendo un requisito indispensable para el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración. En tal sentido, se considera un concepto indeterminado, en tanto solo encuentra su

---

<sup>28</sup> Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones con el Estado y modificatoria

Art. 2º Principios que rigen la Contratación: “(...) f) Eficacia y Eficiencia.- El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos”.

<sup>29</sup> L. SANTY CABRERA, “*En la búsqueda de un concepto de Interés Público en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Análisis y Crítica, Gaceta Constitucional, junio 2017, Tomo 114, p. 153.

<sup>30</sup> Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General citado por L. SANTY CABRERA, “*En la búsqueda de un concepto de Interés Público en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Análisis y Crítica, Gaceta Constitucional, junio 2017, Tomo 114, p. 154

Art. 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

“(...) 3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad”.

determinación en la evaluación de la aplicación de la potestad discrecional del Estado en cada caso concreto. Y a su vez dicha situación, consecuentemente permite a la propia Administración cumplir con los fines públicos que tiene, los mismos que representan un requisito de validez y permiten coadyuvar a la buena relación entre Estado y población.

## **CAPITULO II**

### **LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA Y SU FINALIDAD PÚBLICA**

#### **1. Los Contratos de Ejecución de Obra Pública**

Los Contratos de Obra Pública en el Perú, están regulados por la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, así como sus respectivas modificaciones, debiendo tomarse en cuenta que los Contratos de Obra Pública son considerados como contratos de prestaciones recíprocas entre las partes celebrantes, de un lado la Entidad Pública que busca el cumplimiento del Interés Público, y consecuentemente la Finalidad Pública; y de otro lado, la Empresa Contratista que busca el pago por la prestación ejecutada a favor de la Entidad Pública, esto es la ejecución de la Obra pública.

Cabe indicar, que la presente Tesis está orientada a investigar el ámbito de los Gobiernos Locales, por ello para efectos del presente trabajo, entenderemos el término Estado como referencia a los Gobiernos Locales (Municipalidades), explicando algunos de los conceptos relacionados al Contrato de Obra Pública, incluyendo tal como se verá en capítulos posteriores al Equilibrio Económico - Financiero del Contrato y los elementos que lo distorsionan.

Ahora bien, resulta pertinente empezar por citar lo regulado en el Código Civil respecto a la figura del “Contrato de Obra”, en su Art. 1771<sup>31</sup>, pues debe tenerse en cuenta que si bien es cierto regulan algunos aspectos de este tipo de contratos, estos nos resultan suficientes para afrontar todas aquellas complejidades que se presentan en la praxis en la ejecución de obras de envergadura, tal como las que ejecutan las Entidades Públicas, a efectos de cumplir con su Finalidad Pública. Sin embargo, es menester aclarar que el Contrato al que se hace referencia en el Código Civil, está referido a todo tipo de obra, más no se hace una distinción entre aquellos contratos que se realizan entre dos Entes Privados, o entre un Ente Privado y un Ente Público. Por lo que, debemos entender que las reglas

---

<sup>31</sup> Código Civil Peruano, Art. 1772°.- “Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”.  
En el tema que nos ocupa, debemos entender a la Entidad Pública como comitente.

establecidas en el Código Civil también son aplicables a los Contratos que celebran las Entidades Públicas, en tanto no contravengan su naturaleza, pues en principio debemos aplicar la normativa de la materia, que nos remite a la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento vigente.

De la misma forma, cabe hacer referencia a los documentos que forman parte del Contrato de Obra Pública, pues debe entenderse que no sólo se trata de un único documento que suscriben la Entidad Pública y el Contratista, sino que consta de un conjunto de documentos que deben estar relacionados entre sí. En ese sentido, A. Campos Medina y L. Hinostroza Sobrevilla, refieren que en cuanto a los documentos que forman parte del Contrato de Obra Pública, se puede hablar tanto en sentido estricto refiriéndose al contrato propiamente dicho, como en sentido amplio, referido no sólo al contrato sino también a todos los documentos contractuales, es decir los que son resultado del acuerdo de voluntades, entre los cuales se encuentran las Bases, el Expediente Técnico, los Planos, los análisis de Precios Unitarios, la Propuesta Técnica y Económica y el Cuaderno de Obra<sup>32</sup>. Asimismo, esto es regulado en la propia normativa vigente en torno al contenido del contrato, señalado en el Art. 116° del Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF.<sup>33</sup>

De lo expuesto, se puede inferir una característica básica de los Contratos de Obra Pública, siendo que este es un tipo de contrato con prestaciones recíprocas, pues ambas partes asumen obligaciones, por un lado a cargo del Contratista para ejecutar la obra, y por otro lado a cargo de la Entidad Pública, que es pagar la retribución al Contratista, estando

---

<sup>32</sup> A. CAMPOS MEDINA y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 05, Lima, 2008, p. 298.

<sup>33</sup> Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF

Art. 116°.- Contenido del Contrato

116.1. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

116.2. El contrato debe incluir, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: (i) Garantías, (ii) Anticorrupción, (iii) Solución de controversias y (iv) Resolución por incumplimiento.

116.3. Tratándose de los contratos de obra deben incluirse, además, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlas durante la ejecución contractual.

116.4. (...)”.

ambas en una relación sinalagmática, es decir que la causa por la que el Contratista ejecuta la prestación, es porque espera que la Entidad Pública ejecutará después la prestación a su cargo<sup>34</sup>. En ese entendido, es menester precisar que la naturaleza de un Contrato Sinalagmático es justamente la obligación que una parte asume frente a la otra, llegando ambas partes a ser acreedoras y deudoras a la vez.<sup>35</sup>

En la misma línea, nuevamente citamos a A. Campos Medina y L. M. Hinostroza Sobrevilla, quienes hacen referencia a los elementos del Contrato de Obra Pública, haciendo especial referencia a dos de ellos. En primer lugar, hace alusión a los sujetos intervinientes, hecho que ha sido ya determinado en el capítulo precedente, por lo que sólo nos limitaremos a señalar que en el Contrato de Obra Pública, una de las partes representa al Interés Público (Entidad Pública) y la otra al Interés Privado (Contratista). En segundo lugar, hacen referencia a la Obra como tal, es decir una obra determinada, pues resulta factible señalar que el objeto pactado por las partes no es la actividad, sino el resultado que debe estar destinado al servir al Interés Público.<sup>36</sup>

Teniendo la determinación del contenido del Contrato, debemos seguidamente preguntarnos por aquello que comprende el término “Obra Pública”, para ello nos remitimos a lo señalado en el Manual de Contrataciones Públicas – OSCE, que denomina Obras a los trabajos de construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación, habitación, rehabilitación, mejoramiento, ampliación, etc., tales como edificaciones, saneamiento, hidráulicas, viales, etc., que requieren Expediente Técnico, dirección técnica, mano de obra, materiales y/o equipos.<sup>37</sup>

Del mismo modo, el texto precitado hace referencia a la ejecución de las obras públicas, que pueden ser de diversas maneras; sin embargo, para el tema que nos ocupa, solo

---

<sup>34</sup> C. LARROUMET, “*Teoría General del Contrato*”, Volumen I. Traducido por Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 150, citado por A. CAMPOS MEDINA y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “*El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 05, 2008, p. 298.

<sup>35</sup> A. CAMPOS MEDINA y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “*El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 05, 2008, p. 298.

<sup>36</sup> *Ibíd.* p. 299.

<sup>37</sup> C. M. RIVERA ROJAS y M. A. SALINAS SEMINARIO, “*Manual de Contrataciones de Obras Públicas – OSCE*”, Módulo II, 1° Edición 2012, Lima, p. 19.

haremos referencia a dos de estas maneras: la primera referida a la Ejecución Presupuestaria Directa o Administración Directa, la otra referida a la Ejecución de Obras por Contrata.

Es preciso hacer una pequeña aproximación a cada una de las maneras referidas líneas arriba, para ello en primer lugar, vamos a referirnos a aquellas obras de Ejecución Presupuestaria Directa o Administración Directa, las que se caracterizan principalmente porque la Entidad Pública ejecuta su propia obra. Asimismo, este tipo de ejecución tiene una propia regulación mediante la Resolución de Contraloría N° 195-88-CG, que posee sólo dos artículos, siendo el segundo únicamente para derogar normas anteriores. Del contenido de dicha resolución, se infiere que para ejecutar una obra por Administración Directa es necesario que la Entidad tenga en primer lugar la Capacidad Técnica y Administrativa para ejecutarla, y en segundo lugar demostrar que el costo total de la ejecución por Administración Directa resulte igual o menos al presupuesto base deducida la utilidad, situación que deberá reflejarse en la liquidación de la obra. Los demás aspectos regulados son muy similares a los que señala la Ley de Contrataciones con el Estado, motivo por el cual se podría considerar de manera complementaria la aplicación de ésta última, en aquellos casos en los que se evidencien situaciones no reguladas por la Resolución de Contraloría N° 195-88-CG<sup>38</sup>.

De otro lado, tenemos la Ejecución por Contrata, cuando la Entidad Pública mediante un

---

<sup>38</sup> Resolución de Contraloría N° 195-88-CG, Art. 1°.- Aprobar las siguientes normas que regulan la ejecución de Obras Públicas por Administración Directa.

1. Las Entidades que programen la ejecución de obras bajo esta modalidad, deben contar con la asignación presupuestal correspondiente, el personal técnico administrativo y los equipos necesarios. (...)

3. Es requisito indispensable para la ejecución de estas obras, contar con el Expediente Técnico aprobado por el nivel competente, (...).

4. La Entidad debe demostrar que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulte igual o menos al presupuesto base deducida la utilidad, situación que deberá reflejarse en la liquidación de la obra.

5. En la etapa de construcción, la Entidad dispondrá de un "Cuaderno de Obra" debidamente foliado y legalizado en el que se anotará la fecha de inicio y término de los trabajos, las modificaciones autorizadas los avances mensuales, (...).

6. La Entidad contará con una "Unidad Orgánica" responsable de cautelar la Supervisión de las Obras Programadas. (...)

10. Los egresos que se efectúen en estas obras deben ser concordantes con el Presupuesto Analítico aprobado por la Entidad de acuerdo a la normatividad vigente, anotándose los gastos de jornales, materiales, equipos y otros, en Registros Auxiliares por cada obra que comprenda el proyecto. (...)

12. Posteriormente a la liquidación se procederá a la entrega de la obra a la Entidad respectiva o Unidad Orgánica especializada la cual se encargará de su operación y mantenimiento, asegurando el adecuado funcionamiento de las instalaciones”.



Concurso o Proceso de Selección encarga la ejecución de la obra a un Constructor Privado<sup>39</sup>, y es justamente el tipo de ejecución a la cual nos vamos a avocar en la presente investigación. Sin embargo, en términos generales podemos decir que para ejecutar una obra por Contrata se debe principalmente contar con Asignación Presupuestal, del mismo modo debe velarse porque el Proyecto esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones, debe contarse con un Expediente Técnico, entre otros aspectos regulados en la Ley de la materia.

## **2. El Proceso de Contratación para la Ejecución de Obra Pública**

El Proceso de Contratación que realiza toda Entidad Pública, se ampara en la normativa de Contrataciones del Estado regida por la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones con el Estado, y su Reglamento, así como sus respectivas modificaciones, que tienen por finalidad la maximización del dinero que aportan los administrados, logrando que las contrataciones realizadas por las distintas Entidades Públicas, se realicen en forma adecuada, bajo los mejores estándares de calidad y precio, y se pone especial énfasis en la gestión por resultados y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos, como parte de la Finalidad Pública propia de las Entidades Estatales. Y de esta forma, se busca que los Entes Privados se comprometan en la Finalidad Pública inherente a la actuación del Estado, y a su vez se consigue que el Estado sea un agente que contribuya a la dinamización de la economía.

En consecuencia, como se señala en la Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones Estatales, la normativa actual responde a la necesidad de contar con un régimen de contratación pública eficiente y orientado hacia la gestión por resultados, que además de promover y dinamizar las inversiones y la economía, permita que el presupuesto aportado por los ciudadanos se convierta en bienes, servicios y obras para la comunidad; ello, sin perjuicio que se logren otros objetivos orientados a la sostenibilidad ambiental y social<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> C. M. RIVERA ROJAS y M. A. SALINAS SEMINARIO, “Manual de Contrataciones de Obras Públicas – OSCE”, Módulo II, 1° Edición 2012, Lima, p. 19.

<sup>40</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225) extraído del URL: [http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/Exposicion\\_motivos\\_Reglamento\\_LCE.pdf](http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/Exposicion_motivos_Reglamento_LCE.pdf), p. 1.

Resulta evidente que una Entidad Pública tiene la necesidad de abastecerse de recursos materiales, logísticos y de infraestructura, para cumplir con la Finalidad Pública inherente al actuar de todo Ente Estatal, como resultado de la satisfacción del Interés Público de los ciudadanos. Sin embargo, para abastecerse debe seguir una serie de actos y procedimientos que conforman el Proceso de Contratación, los mismos están establecidos en la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, así como sus respectivas modificaciones. Siendo así, corresponde delimitar el ámbito de aplicación de la referida normativa, para lo cual nos remitimos al Art. 3° de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>41</sup>, que a criterio del propio Órgano Rector (OSCE), considera dos criterios, el primero de naturaleza subjetiva, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y, el otro de naturaleza objetiva, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.<sup>42</sup> Cabe resaltar que, si bien es cierto las contrataciones por montos menores a las 8 UIT no están en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, están sujetas a la Supervisión por parte del Órgano Rector (OSCE), conforme lo regulado en los Art. 4° y 5° de la Ley.

El Proceso de Contratación en general cuenta con tres fases: Planificación y Actuaciones Preparatorias, Etapa Selectiva y Ejecución Contractual. Es responsabilidad de todo Funcionario, Servidor o Proveedor, el conocimiento de cada una de estas etapas. Sin embargo, nos vamos a avocar al tema que nos ocupa, es decir las Contrataciones para Ejecución de Obra Pública.

---

<sup>41</sup> Ley N° 30225, “Art. 3°.- Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley, bajo el término genérico de Entidad:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos
  - b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.
  - c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
  - d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
  - e) Las universidades públicas.
  - f) Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social
  - g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
  - h) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.
- (...)

3.2 La presente Ley se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos”.

<sup>42</sup> Portal OSCE, extraído del URL: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/fase-de-programaci%C3%B3n-y-actos-preparatorios>.

## **2.1. La importancia de efectuar un Proceso de Contratación Pública regular para ejecutar de manera eficiente una obra pública**

Tal como se señaló en los acápites precedentes, para ejecutar y controlar un contrato de obra pública se involucran una serie de requerimientos y procedimientos los cuales hay que cumplirse acorde a la normativa de la materia.

En este punto, compartimos lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones con el Estado, en torno a las Contrataciones Estatales, pues creemos que el correcto conocimiento y aplicación de la normas, permite la optimización de los recursos del estado, con la finalidad de conseguir mejores resultados en el menor tiempo y con el menor costo posible, sin descuidar la calidad del resultado de dicha contratación, siendo el gran beneficiado el pueblo, pues el Estado debe cumplir oportunamente sus fines públicos, al ejecutar obras públicas de calidad y a precios adecuados. En consecuencia, el cumplimiento de los parámetros establecidos en la Ley de la materia, permite que el Estado gestione las operaciones de las contrataciones cuyo fin último no es el cumplimiento estricto de formalidades y plazos, sino el abastecimiento u obtención de bienes, servicios y obras que el Estado requiere para realizar sus funciones<sup>43</sup>.

Dicho esto, las contrataciones públicas entonces se presentan como un soporte del desarrollo y del buen gobierno, debido a que las contrataciones que realiza el Estado, son un medio para el cumplimiento de sus fines; por lo que, resulta importante seguir un Proceso de Contratación regular, que traiga como consecuencia la conversión eficiente del presupuesto aportado por todos los ciudadanos en bienes, obras y servicios para la comunidad. En ese sentido, resulta importante afirmar que los ciudadanos que más valoran a sus gobiernos, son a los que se les brindan servicios que logran atender con eficacia las prioridades sociales.

Así, E. Zambrano Olivera utiliza el denominado “Principio de Valor por Dinero”, que consiste en considerar el valor de la contratación ponderando la cuantía con factores como la calidad, traslado de riesgos, satisfacción del usuario final, ciclo de vida del producto,

---

<sup>43</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225) extraído del URL: [http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/Exposicion\\_motivos\\_Reglamento\\_LCE.pdf](http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/Exposicion_motivos_Reglamento_LCE.pdf), p.p 1-2.

reducción de barreras burocráticas o trámites innecesarios, costos de mantenimiento, entre otros. El éxito de una contratación se da en función del trinomio: Eficacia, Eficiencia y Economía. Así, se busca dejar la falsa creencia que el menor precio equivale a una mejor contratación. Dicho principio se encuentra presente con mayor intensidad en la Fase de Actos preparatorios pues es en ella donde se determinará el monto que permita considerar los demás factores.<sup>44</sup>

A opinión propia, es necesario reconocer que los anteriores sistemas de contrataciones han sido ineficientes a la hora de convertir los presupuestos en servicios de calidad para la comunidad, y en muchos casos los procesos se llevaban a cabo de manera lenta, y en consecuencia una parte del presupuesto se quedaba sin ejecutar. De otro lado, se espera que con las nuevas modificatorias de la Ley de Contrataciones y su Reglamento se puedan mejorar la realización de los Procesos de Contratación. Sin embargo, creemos también que habría que poner especial fijación en el control previo que se realiza en la Entidad Pública, siendo esta tarea explícita tanto del Órgano Encargado de las Contrataciones, así como de los miembros del Comité de Selección. Éstos últimos, tienen la obligación directa de efectuar el Control Previo, como parte del Control Interno propio de la Entidad Pública, tal como es señalado en el Art. 7º de la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República<sup>45</sup>, pues como bien se verá más adelante, el Órgano Encargado de las Contrataciones es el que tiene a cargo el Estudio de Mercado necesario para fijar el monto presupuestal requerido para convocar a un Proceso de Selección, y seguidamente, asume responsabilidad el Comité de Selección, que tiene a

---

<sup>44</sup> E. ZAMBRANO OLIVERA, "Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 07, Lima, 2009, p. 156.

<sup>45</sup> Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Art. 7º. - "El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior.

El control interno previo y simultáneo compete exclusivamente a las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades como responsabilidad propia de las funciones que le son inherentes, sobre la base de las normas que rigen las actividades de la organización y los procedimientos establecidos en sus planes, reglamentos, manuales y disposiciones institucionales, los que contienen las políticas y métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección.

El control interno posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor, en función del cumplimiento de las disposiciones establecidas, así como por el órgano de control institucional según sus planes y programas anuales, evaluando y verificando los aspectos administrativos del uso de los recursos y bienes del Estado, así como la gestión y ejecución llevadas a cabo, en relación con las metas trazadas y resultados obtenidos (...)"

su cargo la evaluación de la documentación presentada por los Contratistas, terminando por adjudicar la Buena Pro, a aquel que cumpla con los parámetros establecidos por la Entidad para obtener la ejecución de una Obra Pública óptima.

Entonces, es cierto que debemos seguir un Proceso de Contratación regular, a través del Control Previo que efectúa cada Órgano interviniente en dicho Proceso, a fin de conseguir la ejecución de una Obra Pública eficiente, óptima y de calidad para que consecuentemente se cumpla la Finalidad Pública perseguida por las Entidades Públicas.

## **2.2. Fases de la Contratación Pública**

Como bien se ha dicho, es importante que todos los Funcionarios, Servidores y Contratistas, tengan pleno conocimiento de cada Fase de la Contratación Pública, a fin de obtener mejores resultados, plasmados en el bienestar de la sociedad.

Similar a nuestro sistema, que contempla como fases del proceso de contratación: Actos preparatorios, Proceso de Selección y Etapa de Ejecución Contractual; en el derecho mexicano, de acuerdo a lo referido por J. Fernández Ruiz, en el proceso de contratación se pueden distinguir tres etapas: la preliminar, la ejecutiva y la final o complementaria<sup>46</sup>.

Para efectos de la presente Tesis, es necesario describir el contexto en el que se dan las Contrataciones de Ejecución de Obras Públicas en el ámbito de los Gobiernos Locales, como parte del tema que nos ocupa.

### **2.2.1. Actuaciones preparatorias**

En esta fase, a nivel de doctrina, J. Roberto Dromi, sostiene que los Actos Preparatorios no constituyen un acto administrativo en sentido estricto, ya que no producen un efecto jurídico inmediato, sino que posiblemente tendrán un efecto jurídico a través del acto administrativo que se dicte después. Es decir, que por sí mismo no es suficiente para dar

---

<sup>46</sup> J. FERNÁNDEZ RUIZ y J. A. HERRERA GARCIA, *“Teoría y Praxis de la Contratación Administrativa”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª Edición, 2004, p. 20.

lugar a un efecto jurídico inmediato en relación a un sujeto de derecho, además de que no son impugnables administrativa ni judicialmente.<sup>47</sup>

En nuestro caso, tomaremos la definición del Diccionario de Jurisprudencia de Contrataciones del Estado, que considera a los Actos Preparatorios como aquellos que no producen un efecto jurídico inmediato, sino posiblemente tendrán efecto jurídico a través de acto administrativo que se dicte posteriormente.<sup>48</sup> Es decir, son los aquellos actos que generen efectos jurídicos de manera mediata.

En esta fase encontramos todas aquellas funciones que debe realizar una Entidad para definir la necesidad de ejecutar una obra. Se inician desde la decisión de contratar, para luego destinar un presupuesto para tal efecto y definir con claridad sus características.

Ahora bien, es menester hacer referencia a algunos de los instrumentos que guían la Fase de los Actos Preparatorios:

**a) El Presupuesto Institucional de Apertura (PIA).**- Es un instrumento de gestión destinado al logro de resultados a favor de la población, mediante la prestación de servicios con eficacia y eficiencia, lo cual permite evidenciar los gastos a atender durante el año, así como el financiamiento correspondiente que se va a tener durante el ejercicio presupuestal la Entidad, debiendo ser aprobado por el Titular de la Entidad hasta el 31 de diciembre de cada año<sup>49</sup>.

**b) Plan Anual de Contrataciones (PAC).**- El Plan Anual de Contrataciones es un instrumento de gestión obligatorio que sirve para programar, difundir y evaluar la atención de las necesidades de bienes, servicios y obras que una entidad requiere para el cumplimiento de sus fines. Por lo que, dicho instrumento sirve para planificar, ejecutar y

---

<sup>47</sup> J. ROBERTO DROMI, “*Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, 1º Edición, 2004, p. 467.

<sup>48</sup> A. ÁLVAREZ PEDROZA, “*Diccionario de Jurisprudencia de Contrataciones del Estado*”. Lima, 1º Edición, Pacífico Editores, 2012, p. 23

<sup>49</sup> Cfr. I. PACHECO CLAROS, Video Conferencia “*Fase de Actos Preparatorios: Contratación de Bienes y Servicios*”, Parte I, Aula Virtual de OSCE: <https://www.youtube.com/channel/UC89kZqJuYEFqyx7iQnkSWxg>, citado en Tesis “*Los Actos Preparatorios y Principio de Eficiencia de la Contratación Pública*”, 2015, (Tesis presentada para obtener el Título Profesional de Abogado). Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Perú, p. 26.

evaluar las contrataciones<sup>50</sup>, pues todo proceso de contratación debe encontrarse previsto en el Plan Anual de Contrataciones, el mismo que es elaborado por cada Entidad Pública.

Para E. Zambrano Olivera se reconocen cuatro características al PAC, tales como: **Público**, pues debe ser registrado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para permitir su difusión y acceso de los interesados; **Formal**, ya que su aprobación y modificación requiere de un documento formal, aprobado por el Titular de la Entidad, pudiendo delegarse mediante disposición expresa al siguiente nivel administrativo; **Obligatorio**, debido a que la normativa vigente de Contratación Estatal exige que todas las Entidades sujetas a su ámbito de aplicación elaboren un PAC, y por último **Integral**, en tanto el PAC recoge en un único documento la totalidad de contrataciones que las Entidades pretenden realizar<sup>51</sup>.

La Directiva N° 005-2017-OSCE/CD regula el PAC, en concordancia con el Art. 5° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado modificado, pues indican que el Órgano Encargado de las Contrataciones es el designado para la formulación del PAC, y a su vez deberá coordinar con la dependencia de Presupuesto y Planificación para tal efecto<sup>52</sup>. Del mismo modo, el PAC puede ser modificado, debiéndose tomar en cuenta la asignación presupuestal.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Directiva N° 005-2017-OSCE/CD *Plan Anual de Contrataciones*, VI. Disposiciones Generales, p. 2

<sup>51</sup> E. ZAMBRANO OLIVERA, “Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 07, 2009, pp. 156-157.

<sup>52</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF “Artículo 5.- Formulación del Plan Anual de Contrataciones

5.1. En el primer semestre de cada año fiscal, durante la fase de programación y formulación presupuestaria, las áreas usuarias de las Entidades deben programar, en el Cuadro de Necesidades, sus requerimientos de bienes, servicios en general, consultorías y obras cuya contratación se convocará en el año fiscal siguiente, para cumplir los objetivos y resultados que se buscan alcanzar, sobre la base del proyecto de Plan Operativo Institucional respectivo, adjuntando, para tal efecto, las especificaciones técnicas de bienes y los términos de referencia de servicios en general y consultorías y, en el caso de obras, la descripción general de los proyectos a ejecutarse, los mismos que deben ser remitidos por las áreas usuarias (...).”

<sup>53</sup> Directiva N° 005-2017-OSCE/CD *Plan Anual de Contrataciones*, pp. 7-8.

“7.6. De la modificación del Plan Anual de Contrataciones

7.6.1. El PAC puede ser modificado, durante el curso del año fiscal, para incluir o excluir contrataciones, en caso que se produzca una reprogramación de las metas institucionales propuestas o una modificación de la asignación presupuestal, así como cuando se modifique el tipo de procedimiento de selección previsto en el PAC como resultado de la determinación del valor referencial.

7.6.2. Toda modificación del PAC, sea por inclusión y/o exclusión de algún procedimiento de selección para la contratación de bienes, servicios y obras, deberá ser aprobada, en cualquier caso, mediante instrumento emitido por el Titular de la entidad o funcionario en el que se haya delegado la aprobación del PAC. En el caso que se modifique el PAC para incluir procedimientos, el documento que aprueba dicha modificación

En ese sentido, se tiene que en la Fase de Actos Preparatorios las Entidades determinan sus necesidades considerando sus objetivos y metas institucionales para su ejecución, lo que definitivamente constituye el punto de partida para toda Entidad, pues si se logra identificar las verdaderas necesidades, pues se logrará un uso adecuado de los Recursos Públicos.

### **c) Requerimiento**

Se entiende por Requerimiento a la solicitud del bien, servicio u obra, que es formulada por el Área Usuaria de la Entidad contratante que comprende las Especificaciones Técnicas en el caso de bienes, los Términos de Referencia en el caso de servicios o el Expediente Técnico en el caso de obras, respectivamente. Siendo así, se entiende como Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico, a la descripción objetiva y precisa de las características del bien, servicio y obra a requerir, los requisitos funcionales relevantes para cumplir con la finalidad pública, así como las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación.<sup>54</sup>

Un punto importante es la determinación de las Especificaciones Técnicas o Términos de Referencia según corresponda, pues una adecuada determinación de éstas puede asegurar que toda la contratación se realice de forma exitosa. Es importante en la Fase de Actuaciones Preparatorias, la labor que realiza tanto el Órgano Encargado de las Contrataciones, como la labor del Área Usuaria, siendo que ésta última en base del PAC, deberá requerir los bienes, servicios u obras, describirlos detalladamente, definirlos con precisión su cantidad y calidad, y sobre todo justificar la Finalidad Pública de dicha

---

deberá indicar los procedimientos que se desean incluir en la nueva versión, debiendo contener toda la información prevista en el formato publicado en el portal web del SEACE.

7.6.3. Es de aplicación para toda modificación del PAC lo dispuesto en la presente Directiva en lo referido a su formulación y contenido, incluyendo lo relacionado con la verificación del sustento presupuestal correspondiente, el instrumento de aprobación y los mecanismos y oportunidad de publicación de dicho instrumento en el SEACE. En ese sentido, el PAC modificado deberá ser publicado en el SEACE en su integridad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su aprobación, así como en el portal web de la Entidad, si lo tuviere. (...)

7.6.5. Es responsabilidad del Titular de la Entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC; así como del OEC, efectuar las acciones necesarias con el objeto de planificar con la debida anticipación los procedimientos de selección y contrataciones que se realizarán durante el correspondiente año fiscal (...)."

<sup>54</sup> Guía Práctica N° 5 - OSCE, “¿Cómo se formula el requerimiento?”, junio 2017, p.1.



contratación, de manera tal que no favorezcan a un determinado proveedor., contrario sensu se estaría vulnerando el Principio de Libre Concurrencia<sup>55</sup> y Libre Competencia<sup>56</sup> previsto en el Art. 2º de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo N° 1341.<sup>57</sup>

Un aspecto importante es el de la Finalidad Pública que persiguen los Gobiernos Locales, sobre todo en el tema que nos ocupa, la contratación para ejecución de Obras Públicas, toda vez que constituye un filtro para no realizar contrataciones innecesarias o cuyo abastecimiento no cuente con la prioridad debida. En el caso de ejecución de Obras Públicas, las Obras a ejecutarse deberán estar incluidas en la Programación Multianual de Inversiones (PMI), pues debemos recordar que una obra pública nace de la constatación de una necesidad pública destinada a satisfacer dicha necesidad. Ahora bien, previo a ejecutarse una Obra, se tiene un Proyecto de Inversión (antes denominado Proyecto de Inversión Pública), que permite observar la proyección que tiene ésta a futuro, a fin de verificar si cumple con satisfacer la necesidad pública, debiendo mostrar rentabilidad o efectividad. Por lo que, para poder determinar esa rentabilidad en el ámbito social, este Proyecto de Inversión ingresa a un sistema recientemente instituido, denominado en la actualidad Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte Perú), antes denominado el SNIP; por otro lado, para determinar la viabilidad tanto técnica como económica, se realizan ciertos estudios respecto al proyecto, en caso quede demostrada, pues se otorga la declaratoria de viabilidad, lo cual permite la

---

<sup>55</sup> J. C. Moron Urbina citando a J. R. Comadira, presume que “la concurrencia, (...) posibilita la defensa del interés económico del Estado en el contrato (...)”. (J. R. COMADIRA, “*La Licitación Pública (nociones, principios y cuestiones)*”, Buenos Aires: Desalma, p. 73, citado por J.C. MORON URBINA, “*Los Principios inspiradores de la Contratación Administrativa y sus aplicaciones prácticas*”, cit., p. 194).

<sup>56</sup> J.C. Moron Urbina, señala que la configuración del Principio de Libre Competencia en el régimen de contrataciones estatales peruano, halla su proyección central en el momento en que la entidad define las condiciones de las Bases, los requerimientos técnicos mínimos del bien, servicio u obra a contratar, los factores de evaluación, el método de evaluación y calificación. (J. C. MORON URBINA, “*Los Principios inspiradores de la Contratación Administrativa y sus aplicaciones prácticas*”, Revista de Derecho THEMIS 52, 2006, pp. 192-193).

<sup>57</sup> Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341

“Art. 2.- Principios que rigen las contrataciones: (...)”

a) Libertad de concurrencia. Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores (...)

e) Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia (...).”

elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de la Obra.<sup>58</sup>

Ubicados en este contexto, una vez más reiteramos, la importancia de que los Funcionarios y Servidores de las áreas usuarias, para el caso de los Gobiernos Locales, las Gerencias o Sub Gerencias de Obras, conozcan el Proceso de Contratación, y sobre todo que en calidad de áreas usuarias, formulen de manera correcta el requerimiento respectivo, pues una definición precisa como indica el Art. 8º del Reglamento de la Ley de Contrataciones<sup>59</sup>, coadyuva a realizar un estudio de mercado más exacto pues se cuenta con un objeto contractual claramente delimitado. En muchos casos se formulan requerimientos de manera genérica, y consecuentemente nos conlleva a la dilación indebida para el desarrollo del proceso.<sup>60</sup>

#### **d) Expediente de contratación**

El Expediente de Contratación debe ser entendido como un conjunto de documentos que dan origen a la contratación de bienes, servicios u obras, que realiza una Entidad Pública para satisfacer los intereses públicos. Así, el Expediente de Contratación tiene como primer documento al Requerimiento por parte del área usuaria, y concluye con el cumplimiento de todas las prestaciones establecidas en el contrato.

En palabras de A. Álvarez Pedroza y O. Álvarez Medina el Expediente de Contratación tiene naturaleza de intangible, debido a que en cada fase del proceso de contratación se

---

<sup>58</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, “El nuevo sistema de inversión pública – Invierte.pe, Lima, marzo de 2017, p.3.

<sup>59</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF “Art ° 8.- Requerimiento

8.1. Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia o el Expediente Técnico, que integran el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación. El requerimiento debe incluir, además, los requisitos de calificación que se consideren necesarios. (...)

8.7. El área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación (...)

8.9. Las especificaciones técnicas, los términos de referencia, así como los requisitos de calificación pueden ser formulados por el órgano encargado de las contrataciones, a solicitud del área usuaria, cuando por la naturaleza del objeto de la contratación dicho órgano tenga conocimiento para ello, debiendo tal formulación ser aprobada por el área usuaria (...). ”.

<sup>60</sup> E. ZAMBRANO OLIVERA, “*Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado*”, cit., p. 158.

incorporan de manera ordenada y preclusivamente los documentos derivados de las actuaciones y actos administrativos definitivos, sobre los que no se puede efectuar modificaciones posteriores, salvo que se declare previamente la nulidad correspondiente.<sup>61</sup>

La normativa vigente de Contrataciones del Estado, a través del Expediente de Contratación, regula la formalidad que debe tener la información realizada a lo largo de las fases del proceso de contratación, pues dicha documentación contiene documentos de carácter técnico y económico que sustentan un requerimiento. Dicho expediente se mantiene bajo la custodia del Órgano Encargado de las Contrataciones de la Entidad, que a su vez se encarga de tramitar su aprobación por el funcionario competente. Es importante indicar también, que con el propósito de ejercer la Fiscalización Posterior, el Expediente de Contratación debe contener las Ofertas no ganadoras, pues así se podrá evaluar si en efecto, dichas ofertas adolecían de deficiencias en su formulación y fueron debidamente calificadas.

En virtud de lo señalado en el acápite que precede, es menester hacer una aproximación a la relación existente entre el Principio de Fiscalización Posterior y la custodia de todos los actuados en el Expediente de Contratación. Por ello, debemos empezar señalando que los Gobiernos Locales, al ser Entes Públicos se rigen por los Principios del Derecho Administrativo contemplados en el Art. IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, para el caso concreto, haremos especial referencia al Principio de Privilegio de Controles Posteriores<sup>62</sup>. Complementariamente a la normativa precitada, tenemos el Decreto Supremo N° 096-2007-PCM - Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado”, que refiere en su Art. 7º<sup>63</sup> las actividades relacionadas a la fiscalización posterior, de manera más específica, y

---

<sup>61</sup> A. ÁLVAREZ PEDROZA y O. ÁLVAREZ MEDINA, “Análisis de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado”. Tomo I, Ed. Gubernamentales, 2013, p. 125.

<sup>62</sup> TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, Art. IV del Título Preliminar, numeral “1.16. Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz”.

<sup>63</sup> Decreto Supremo N° 096-2007-PCM - Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado

con algunas aproximaciones más concretas respecto a dicho principio, pues nos señala que se debe revisar y realizar investigaciones exhaustivas de los contenidos de los Expedientes, a fin de comprobar su veracidad y fomentar la colaboración interinstitucional, mediante el cruce de información con otras Entidades.

En palabras de C. Guzmán Napurí, el principio de privilegio le reserva a la autoridad administrativa el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada por el , el cumplimiento de la normatividad sustantiva y el hecho de aplicar las sanciones pertinentes en caso de que la información presentada no sea veraz”. El control posterior viene a ser el resultado directo de la aplicación del Principio de Presunción de Veracidad<sup>64</sup>, dado que el control se aplicará en forma posterior a la realización del procedimiento administrativo.<sup>65</sup>

Por su lado, la Opinión N° 025-2017/DTN refiere que: “Teniendo en cuenta que el otorgamiento de la Buena Pro por parte del Comité Especial es la principal motivación de todo proveedor cuando participa en un proceso de selección, la manera más eficaz de disuadir la presentación de documentación falsa e información inexacta es establecer que la documentación presentada por el postor ganador de la Buena Pro necesariamente sea objeto de fiscalización posterior (...), el procedimiento de fiscalización posterior (...) debe efectuarse respecto de aquellos documentos, declaraciones y traducciones presentados por el postor ganador de la Buena Pro, de manera directa, sin que para ello sea necesario recurrir al sistema de muestreo establecido por el Art. 32° de la Ley N° 27444 - Ley del

---

“Artículo 7.- Actividades de fiscalización posterior

La revisión de los expedientes seleccionados comprenderá pero no se limitará a su verificación e investigación exhaustivas mediante la comprobación de su autenticidad y el cruce de información con aquellas personas o instituciones que puedan figurar en su contenido. En tal sentido, se podrá solicitar a las entidades públicas y privadas que corroboren la autenticidad de las declaraciones, documentos, información y traducciones proporcionados por los administrados y que sirvió de sustento para el inicio del respectivo procedimiento administrativo. Los informes semestrales conteniendo los resultados de la fiscalización posterior serán emitidos dentro del semestre siguiente a aquel en que se tramitaron los procedimientos administrativos materia de la fiscalización. Los casos en que se hayan presentado declaraciones, información o documentación falsa o fraudulenta por parte de los administrados serán comunicados a la Presidencia del Consejo de Ministros para efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

<sup>64</sup> Ibídem “1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario”.

<sup>65</sup> C. GUZMÁN NAPURÍ, “Los Principios Generales del Derecho Administrativo”, *Ius Et Veritas*, N° 38, 2009, p. 249.

Procedimiento Administrativo General”.<sup>66</sup> Cabe indicar, que éste último Artículo ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1272.<sup>67</sup>

Del texto citado, se infiere que la documentación que presenten los administrados frente a la Entidad Pública debe considerarse veraz, en mérito de consideraciones de Interés Público, sin perjuicio de que ésta pueda posteriormente ejercer la potestad de fiscalización sobre la documentación presentada. Ahora bien, de manera específica para el caso de la ejecución de Obras Públicas, es más importante que la documentación presentada por los proveedores sea fiscalizada, a efectos de que se determine la veracidad de dicha documentación, en tanto se trata de documentos que sustentan la experiencia y capacidad del proveedor para ejecutar una Obra Pública que termine siendo útil para la sociedad.

Dicho esto, es evidente que contar con un Expediente de Contratación es de vital importancia, toda vez que el hecho de mantener un registro físico de las actuaciones coadyuva a promover la transparencia en todas las actuaciones que se llevan a cabo durante el Proceso de Contratación, dando la garantía de legalidad a los proveedores de un lado, y del otro ayudan a los funcionarios que ejercen labores de supervisión o control previo, pues resulta siendo un instrumento para revisar la gestión y legalidad del actuar de los funcionarios que intervinieron en él.

#### **e) Estudio de Mercado y Valor Referencial**

Como ya hemos mencionado en los puntos precedentes, una contratación será exitosa si el bien, servicio u obra se brinda a un precio que resulte beneficioso para la Entidad Pública, acorde a las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico respectivamente, además de se brinde en la oportunidad señalada, con la satisfacción del usuario final.

---

<sup>66</sup> Opinión N° 025-2017/DTN, Punto 2.3

<sup>67</sup> TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 33.- Fiscalización posterior

33.1. Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de aprobación automática, evaluación previa o haya recibido la documentación a que se refiere el artículo 47; queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado (...)”

Ahora bien, para asegurar la eficiencia en la utilización de los Recursos Públicos, se necesita de información que se materializa en instrumentos tales como los Estudios de Mercado, y la información que se obtenga de éste último, determinará el llamado Valor Referencial. Empero cabe preguntarnos ¿Qué se entiende por Valor Referencial?. E. Zambrano Olivera lo define como “el monto de la contraprestación, por la adquisición de un bien, la contratación de un servicio o la ejecución de una obra por parte de una Entidad Pública. Dicho monto es determinado sobre un estudio de las posibilidades de los precios y condiciones que ofrece el mercado (...)”.<sup>68</sup>

Conforme la normativa vigente, el Valor Referencial es establecido por el Órgano Encargado de las Contrataciones de cada entidad que es comúnmente denominado como Logística o Abastecimiento. Además, debe considerarse por lo menos dos fuentes de información, entendiéndose como el canal de información por el cual el mercado comunica los costos de un determinado objeto, podemos considerar como fuentes a las cotizaciones, presupuestos, precios históricos, estructuras de costos, entre otros. Asimismo, en el caso de ejecución y consultoría de obras, el valor referencial para convocar el procedimiento de selección no puede tener una antigüedad mayor a los seis meses, a partir de la determinación del presupuesto de obra o del presupuesto de consultoría de obra, pudiendo en ambos casos actualizarse antes de la convocatoria. Dicho aspectos son regulados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, específicamente en su Art. 11° y 12°.<sup>69</sup>

Como ya se ha mencionado, el valor referencial es obtenido sobre la base de un Estudio de

---

<sup>68</sup> E. ZAMBRANO OLIVERA, “*Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado*”, cit. p. 160.

<sup>69</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF Art. 11° Estudio de Mercado

11.1. El órgano encargado de las contrataciones realiza un estudio de mercado para determinar el valor referencial, sobre la base del requerimiento, tomando en cuenta las especificaciones técnicas o términos de referencia, así como los requisitos de calificación definidos por el área usuaria. El estudio de mercado debe contener como mínimo la siguiente información: a) Existencia de pluralidad de marcas o postores; y b) Si existe o no la posibilidad de distribuir la buena pro (...).”

“Artículo 12.- Valor referencial

12.1. El valor referencial es público. Excepcionalmente, en el caso de bienes y servicios, por la naturaleza de la contratación o por las condiciones del mercado, el valor referencial puede ser reservado, en cuyo caso el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad debe emitir un informe fundamentado, el cual debe ser aprobado por el Titular de la Entidad y adjuntarse al expediente de contratación. (...)

12.6. En el caso de ejecución y consultoría de obras, el valor referencial para convocar el procedimiento de selección no puede tener una antigüedad mayor a los seis (6) meses, contados a partir de la fecha de determinación del presupuesto de obra o del presupuesto de consultoría de obra, según corresponda, pudiendo actualizarse antes de la convocatoria. (...).”

Mercado, que tiene como finalidad esencial la recopilación y evaluación de todos los factores que influyen directamente en la oferta y demanda del producto. Además, las fuentes que sustentan el Valor Referencial deberán estar registradas en un Resumen Ejecutivo elaborado como parte del Estudio de Mercado. Ahora bien, teniendo ya el Valor Referencial, el Órgano Encargado de las Contrataciones solicita la disponibilidad presupuestal para la contratación, con dicho sustento económico, se procede a determinar el Sistema de Contratación, Tipo de Proceso, y modalidad de Ejecución, conforme a los topes establecidos anualmente por OSCE en relación a la UIT. Teniendo toda esta documentación, se aprueba el Expediente de Contratación por parte del Funcionario competente de la Entidad Pública.

#### **f) Comité de Selección**

Una vez aprobado el Expediente de Contratación, la normativa de contrataciones establece que se debe conformar un órgano encargado de la elaboración de las Bases Administrativas, y la conducción del Proceso de Selección desde la convocatoria hasta que la Buena Pro quede consentida y administrativamente firme o cancelación del Proceso. Dicho órgano es denominado por nuestra legislación como Comité de Selección que se define como un órgano colegiado integrado por profesionales y especialistas, conforme lo señalado en el Art. 23° del Reglamento de la Ley de Contrataciones<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Art. 23.- Designación, suplencia, remoción y renuncia de los integrantes del comité de selección

23.1. El comité de selección está integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) debe pertenecer al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad y por lo menos uno (1) debe tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación.

23.2. Tratándose de los procedimientos de selección para la contratación de ejecución de obras, consultoría en general, consultoría de obras y modalidad mixta, de los tres (3) miembros que forman parte del comité de selección, por lo menos, dos (2) deben contar con conocimiento técnico en el objeto de la contratación.

23.3. (...)

23.4. El Titular de la Entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designa por escrito a los integrantes titulares y sus respectivos suplentes, (...) El órgano encargado de las contrataciones entrega al presidente del comité de selección el expediente de contratación aprobado, para que dicho comité se instale y elabore los documentos del procedimiento de selección y realice la convocatoria.

23.5. Los integrantes suplentes solo actúan ante la ausencia del titular. En dicho caso, la Entidad evalúa el motivo de la ausencia del titular a efectos de determinar su responsabilidad, si la hubiere, sin que ello impida la participación del suplente.

23.6. Los integrantes del comité de selección solo pueden ser removidos por caso fortuito o fuerza mayor, por cese en el servicio, conflicto de intereses u otra situación justificada, mediante documento debidamente motivado. En el mismo documento puede designarse al nuevo integrante.

23.7. Los integrantes del comité de selección no pueden renunciar al cargo encomendado, salvo conflicto de intereses. En este caso, la renuncia se presenta por escrito detallando las razones que sustentan el conflicto de

M. Sifuentes, en su Video Conferencia respecto al Comité de Selección, indica que si bien es cierto en el caso de Obras, se requiere que dos de los tres miembros tengan como mínimo conocimiento técnico en el objeto de la contratación, esto no quiere decir que necesariamente tengan que ostentar el título de ingenieros o arquitectos, o alguna profesión a fin, ya que resultaría suficiente que tenga los conocimientos y experiencia, a través de cursos, especializaciones, servicios prestados, o etc. Además, indica que dicho órgano es designado por escrito por el Titular de la Entidad o el funcionario a quien se le hubiera delegado dicha atribución. Es importante señalar que cada titular del Comité de Selección deberá contar con su respectivo suplente, quién actuará solo en caso de ausencia de su respectivo titular, asumiendo sólo la responsabilidad en cuanto a los actos en los que intervenga. Otro aspecto importante es que el miembro titular no pierde su condición, al ser reemplazado por el suplente en algunas actuaciones, sino que cuando el miembro titular se reincorpora, éste asume sus funciones de manera automática, sin mediar procedimiento de por medio.<sup>71</sup> A su vez, el Reglamento también prescribe los impedimentos para formar parte de un Comité de Selección en su Art. 24º, que responden en unos casos, a las facultades atribuidas a determinados funcionarios de la Entidad Pública, cuyas funciones resultarían incompatibles con las labores realizadas como miembro de un Comité y, en otros.<sup>72</sup>

Por último, debemos hacer referencia a los documentos del Proceso de Selección y contenidos mínimos de los mismos, descritos en el Art. 26º y Art. 27º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado respectivamente<sup>73</sup>. En ese sentido, el Comité de

---

intereses. Incurrir en responsabilidad el servidor que temeraria o maliciosamente alega un conflicto de intereses inexistente con la finalidad de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.”

<sup>71</sup> Cfr. M. SIFUENTES, Video Conferencia "*Expediente de Contratación y Comité de Selección*", Aula Virtual de OSCE: <https://www.youtube.com/watch?v=2NaeMGxNdAE>.

<sup>72</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF “Artículo 24.- Impedimentos para integrar un comité de selección  
Se encuentran impedidos de integrar un comité de selección:

1. El Titular de la Entidad.
2. Todos los servidores públicos que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros, salvo cuando el servidor del Órgano de Control Institucional de la Entidad sea el miembro con conocimiento técnico en el objeto de la contratación.
3. Los servidores que por disposición normativa o por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado el comité de selección, aprobado los documentos del procedimiento de selección o tengan facultades para resolver el recurso de apelación. Este impedimento se circunscribe al proceso de contratación a que se refieren las delegaciones antes señaladas.

<sup>73</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado  
“Art. 26º.- Documentos del procedimiento de selección



Selección o el Órgano Encargado de las Contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, teniendo en consideración los Documentos Estándar que aprueba el OSCE.

### **2.2.2. Proceso de Selección**

En esta fase la Entidad comunica al público que requiere contratar un bien, servicio u obra

---

Los documentos del procedimiento de selección son las Bases, los documentos de precalificación, la invitación para presentar soluciones técnicas y las solicitudes de expresión de interés, los cuales se utilizan atendiendo al tipo de procedimiento de selección.

El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando obligatoriamente los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado (...)."

"Art. 27º.- Contenido mínimo de los documentos del procedimiento

27.1. Las bases de la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada y la subasta inversa electrónica deben contener:

- a) La denominación del objeto de la contratación;
- b) Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda;
- c) El valor referencial. Para el caso de obras y consultoría de obras se debe indicar el límite superior que señala el artículo 28 de la Ley. Este límite se calcula considerando dos decimales y sin efectuar el redondeo en el segundo decimal;
- d) La moneda en que se expresa la oferta económica;
- e) La modalidad de ejecución de llave en mano, cuando corresponda;
- f) El sistema de contratación;
- g) Las fórmulas de reajuste, cuando correspondan;
- h) El costo de reproducción;
- i) Los requisitos de precalificación, cuando corresponda;
- j) Los requisitos de calificación;
- k) Los factores de evaluación;
- l) Las instrucciones para formular ofertas;
- m) Las garantías aplicables;
- n) En el caso de ejecución de obras, cuando se hubiese previsto las entregas parciales del terreno, la precisión de que cualquier demora justificada en dicha entrega, no genera mayores pagos;
- o) Los mecanismos para asegurar la terminación de la obra, en caso de nulidad o resolución del contrato por causas imputables al contratista, siempre que exista necesidad urgente de continuar con las prestaciones no ejecutadas, atendiendo los fines públicos de la contratación;
- p) Las demás condiciones contractuales; y,
- q) La proforma del contrato, cuando corresponda.

27.2. Las solicitudes de expresión de interés del procedimiento de selección de consultores individuales deben contener:

- a) La denominación del objeto de la contratación;
- b) Los Términos de Referencia;
- c) El valor referencial, que constituye el precio de la contratación;
- d) El formato de hoja de vida;
- e) Los requisitos de calificación, los factores de evaluación y el procedimiento de calificación y evaluación;
- y, f) Las instrucciones para formular expresión de interés.

27.3. En caso se opte por elaborar una solicitud de cotización en el caso de la comparación de precios debe contener como mínimo lo dispuesto en el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27. Cuando no se elabore una solicitud de cotización y la información se obtenga de manera telefónica, presencial o mediante portales electrónicos la Entidad debe elaborar un informe que contenga los detalles de dicha indagación.

con el fin de satisfacer un requerimiento planteado por el área usuaria. Por ello, se realiza una convocatoria para seleccionar al postor que se encargará de suministrar el bien, prestar el servicio o ejecutar la obra, que tiene por finalidad cumplir con satisfacer el Interés Público.

Previamente a describir los procedimientos a seguir en esta etapa, debemos hacer una referencia a los Métodos de Contratación que están conformados por los Procedimientos de Selección, y el Método Especial de Contratación a través de los Catálogos de Acuerdo Marco. Para determinar el Procedimiento de Contratación que debe aplicarse, el OSCE publica los montos tope para cada Procedimientos de Selección en la contratación de bienes, servicios y obras del régimen general del año fiscal respectivo, dichos topes se fijan en torno al valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año fiscal respectivo.

En esta fase hay algunas etapas que hay que seguir para efectos de que la Entidad tenga la necesidad de contratar bienes, servicios y obras. En ese sentido, se hará una breve aproximación a estas etapas.

Se inicia con la Convocatoria, en esta etapa la Entidad difunde por medio del SEACE, el procedimiento de selección que se va a iniciar, debiéndose cumplir con la información mínima prevista en el Art. 33° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.<sup>74</sup> Luego se tiene la etapa de Registro de Participantes, en la cual todo proveedor, que cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no se encuentre impedido o inhabilitado para contratar, puede inscribirse para participar en el procedimiento. Posteriormente, tenemos la presentación de Consultas y Observaciones, en la cual los participantes pueden formular consultas o presentar alguna observación, siendo que la consulta es un pedido de esclarecimiento sobre algún aspecto poco claro de las

---

<sup>74</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado,

“Artículo 33.- Convocatoria

33.1. La convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el SEACE, y debe incluir la siguiente información:

a) La identificación, domicilio y RUC de la Entidad que convoca; b) La identificación del procedimiento de selección; c) La descripción básica del objeto del procedimiento; d) El valor referencial a que se refiere el artículo 18 de la Ley, salvo en el caso de que este sea reservado conforme a lo previsto en el artículo 12 del Reglamento; e) El costo de reproducción de los documentos del procedimiento de selección que se registren con la convocatoria; f) El calendario del procedimiento de selección; g) El plazo para el cumplimiento de las prestaciones; y, h) La indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentra cubierto el procedimiento de selección, información que es incluida por el SEACE (...).”

bases, mientras que la observación es un cuestionamiento sobre algún aspecto que a criterio del participante, vulnera o contraria alguna norma de contrataciones o administrativa. Frente a la presentación de Consultas y Observaciones, se tiene la etapa de Absolución e Integración de Bases, las mismas que están a cargo de la entidad u OSCE, y una vez realizadas, estas aclaraciones deben ser incluidas obligatoriamente a las bases. A este último acto se le conoce como Integración de las Bases. Acto seguido, se tiene la etapa de presentación de ofertas, en la que los participantes dan conocer su propuesta económica y técnica a la Entidad, dicha presentación se realiza en acto público y con la presencia de un notario. Ante la presentación de propuestas, se tiene la etapa de Evaluación y Calificación de las propuestas, las mismas que habilitan a la Entidad a verificar cuál de todas las ofertas presentadas cumple de mejor manera los factores de evaluación y requisitos de calificación previstos en los Documentos del Procedimiento de Selección. Sobre la base de la asignación de puntajes, identifica a la mejor propuesta y le otorga la Buena Pro.

Por otro lado, es menester hacer referencia a los distintos sistemas de contratación, pues si bien es cierto ya tenemos definido el tipo de proceso de selección, es necesario saber qué sistema de contratación es aplicable a la Ejecución de la obra, conforme lo regulado en el Art. 14º <sup>75</sup> del Reglamento, el mismo que hace referencia a los siguientes sistemas: 1) A

---

<sup>75</sup> Cfr. Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 14º.

“Artículo 14.- Sistema de Contratación

Las contrataciones pueden contemplar alguno de los siguientes sistemas de contratación:

1.A suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas (...). Tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los, planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; debiendo presentar para la suscripción del contrato el desagregado de partidas que da origen a la oferta. El mismo orden de prelación se aplica durante la ejecución de la obra. No puede emplearse el sistema de contratación a suma alzada en obras de saneamiento y viales.

2. A precios unitarios, aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas (...). En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

3. Esquema mixto de suma alzada y precios unitarios, aplicable para la contratación de servicios en general y obras (...). En el caso de obras, cuando en el expediente técnico uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión, se contratan bajo el sistema de precios

suma Alzada (cantidades definidas), 2) A precios Unitarios (no se conocen con exactitud las cantidades) y 3) Esquema Mixto de Suma Alzada y Precios Unitarios (hay partidas con cantidades definidas y otras que no).

Dicho esto, es importante definir el Sistema de Contratación de manera correcta, pues éste está relacionado de manera directa con el valor referencial de la obra.

En otro aspecto, tenemos a las modalidades de ejecución, las mismas que están relacionadas al contenido mínimo de la oferta, requerido por la Entidad. Siendo éstas las siguientes:

**“Llave en mano:** El postor oferta en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra y de ser el caso el Expediente Técnico.

**Concurso Oferta:** El Postor ofrece la ejecución de la obra incluyendo la elaboración del Expediente Técnico y, de ser el caso, el terreno. Es a suma alzada necesariamente”<sup>76</sup>.

Ahora bien, tal como se señaló líneas arriba, la fase del Proceso de Selección culmina con la suscripción del Contrato entre la Entidad y el Postor Ganador, lo que da el paso a la fase de Ejecución Contractual.

### **2.2.3. Ejecución contractual**

Esta fase inicia desde el perfeccionamiento del contrato, del cual se deriva justamente la fase de Ejecución Contractual. Sin embargo, cabe hacer nuevamente la precisión respecto al enfoque que se pretende dar a la presente investigación, por lo que vamos a centrarnos en el Contrato de Ejecución de Obra, por ser el tema que nos ocupa.

---

unitarios, en tanto los componentes, cuyas cantidades y magnitudes estén definidas en el expediente técnico, se contratan bajo el sistema de suma alzada (...).’

<sup>76</sup> OSCE, “*Contratación de Obras Públicas-Material del Participante*”, Curso Virtual de Capacitación, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/cursos\\_contratacion\\_obras/libro\\_cap2\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/cursos_contratacion_obras/libro_cap2_obras.pdf).

### **a) Contenido y Perfeccionamiento del Contrato**

Luego de consentida la Buena Pro o que ésta haya quedado administrativamente firme, la Entidad y el Contratista están obligados a contratar. Por un lado, si la Entidad se niega a contratar conlleva a la responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad y el servidor al que se le hubieran delegado las facultades para perfeccionar el contrato. Sin embargo, la norma también prevé supuestos en los cuales la Entidad puede negarse a contratar, siempre que se funden en razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. De otro lado, si los postores ganadores de la Buena Pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal. Si no se llega a perfeccionar el Contrato, la Entidad queda imposibilitada de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, siempre que la causal no sea la falta de presupuesto, pudiendo en éste último caso convocar nuevamente.

El Art. 115° del Reglamento, señala que “El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor referencial no supere los cien mil Soles (S/ 100 000,00) (...)”<sup>77</sup>. Dicho esto, podemos concluir que, para el caso de contratos de ejecución de obra, no está permitido que el contrato se perfeccione mediante Orden de Servicios, debiendo perfeccionarse de manera obligatoria a través de un Contrato como tal.

El Reglamento prevé el contenido del contrato, pues no sólo se limita a circunscribirlo a un solo documento, sino que establece que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, así como los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, y todos los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. Asimismo, con la modificatoria

---

<sup>77</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 115°.

del referido cuerpo normativo, se ha establecido la inclusión de manera obligatoria de cláusulas referidas a Garantías, Anticorrupción, Solución de controversias y Resolución por incumplimiento. Y para el caso de los contratos de ejecución de obra, se deben incluir, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual.<sup>78</sup>

Para efectos de perfeccionar el contrato, el postor cuenta con ocho días desde la publicación en el SEACE del consentimiento de la Buena Pro para presentar los requisitos establecidos en el Art. 117° del Reglamento<sup>79</sup>, adicionalmente deberá presentar los documentos que se señalen en las Bases. Además, para el caso de contratos de ejecución de obras, deberá entregarse un calendario valorizado obra, programación PERT-CPM, calendario de adquisición de materiales y Desagregado por partidas de propuesta. Posteriormente, la Entidad contará con un plazo de tres días para suscribir el contrato o para formular observaciones a los documentos. En este último caso, el postor contará con un plazo no mayor de 5 días para subsanar los defectos que tengan los documentos. Luego de subsanados los documentos, las partes deberán suscribir el contrato al día siguiente.

Tal como señala S. P. Hernández Diez, este nuevo procedimiento define claramente los plazos que tiene cada una de las partes intervinientes, y busca que el contrato se pueda suscribir con aquel que presentó la mejor propuesta y que no se desperdicie dicha oportunidad por temas de forma.<sup>80</sup>

Teniendo definidos estos aspectos, nos remitimos a lo señalado en el Art. 120° del Reglamento que señala que el plazo de ejecución contractual se inicia el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la

---

<sup>78</sup> Cfr. Reglamento de la Ley de Contrataciones modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 116°.

<sup>79</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 117°  
“Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro debe presentar, además de los documentos previstos en los documentos del procedimiento de selección, lo siguiente: 1. Garantías, salvo casos de excepción. 2. Contrato de consorcio, de ser el caso. 3. Código de cuenta interbancaria (CCI). 4. Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda. Estos requisitos no son exigibles cuando el contratista sea otra Entidad, cualquiera sea el procedimiento de selección, con excepción de las Empresas del Estado.”

<sup>80</sup> S. P. HERNÁNDEZ DIEZ, “*Apuntes Sobre la Reforma en Materia de Contratación Pública*”, Revista Derecho & Sociedad, N° 44, Junio 2015, p. 8.

fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso. Debiendo también tenerse presente lo referido en el Art. 152<sup>o81</sup>, sobre el inicio del plazo de ejecución de obra. Asimismo, cabe indicar que el plazo se computa en días calendario, salvo los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.

#### **b) Resolución de Contrato:**

Es menester hacer referencia al Art. 135° del Reglamento, referido a la resolución de contratos, señalando como supuestos:

- La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el Art. 36° de la Ley<sup>82</sup>, en los casos en que el contratista: a) haya incumplido injustificadamente con las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; b) Cuando acumule el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o c) Cuando paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

---

<sup>81</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 152°.  
“(…)

a) Que la Entidad notifique al contratista quien es el inspector o el supervisor, según corresponda; b) Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda; c) Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación; d) Que la Entidad haya hecho entrega del Expediente Técnico de Obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones; e) Que la Entidad haya otorgado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 156.

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deben ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones (…)

152.2. La Entidad puede acordar con el contratista diferir la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra en los siguientes supuestos:

a) Cuando la estacionalidad climática no permite el inicio de la ejecución de la obra, hasta la culminación de dicho evento, b) En caso la Entidad se encuentre imposibilitada de cumplir con las condiciones previstas en los literales a) o b) del numeral 152.1 del presente artículo, hasta el cumplimiento de las mismas (…)

<sup>82</sup> Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341

“Art. 36°.- Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley”.

- El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el Art. 136° del Reglamento<sup>83</sup>.
- Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”

### **2.3 Expediente técnico de Obra.**

Es el conjunto de documentos de carácter técnico y/o económico que permiten la adecuada ejecución de una obra, y comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.<sup>84</sup>

En ese sentido, podemos decir que el Expediente Técnico es un instrumento necesario para realizar una obra. En el Expediente Técnico se define el objeto, costo, plazo y demás condiciones de una obra en particular por ejecutar, por lo que su elaboración debe contar con el respaldo técnico necesario, verificando que corresponda a la naturaleza y condiciones especiales de la obra.

---

<sup>83</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones, Art. 136°

“Art. 136°.- Procedimiento de resolución de Contrato.- Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

(...) En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato (...).”

<sup>84</sup> Ibídem, p. 21



### **2.3.1. Importancia**

El Expediente Técnico tiene gran importancia en la ejecución de obras, todas vez que éste contempla toda la información técnica necesaria para guiar la ejecución de la obra, además de tener gran incidencia con el presupuesto de la obra, pues debemos recordar que como parte de los componentes del Expediente Técnico tenemos al presupuesto de la obra y al análisis de costos unitarios.

Es menester tener en cuenta que, para iniciar la ejecución de una obra resulta imprescindible contar con un Expediente Técnico debidamente aprobado, a éste Expediente se le denomina Expediente Técnico original. Sin embargo, es cierto que en muchas ocasiones, durante la ejecución de la Obra, se presentan determinadas omisiones, o información inexacta que ponen en evidencia los errores del Expediente Técnico, materializados en la diferencia existente entre la información expuesta en el Expediente Técnico y lo que se tiene en la realidad. Dicha situación, conlleva a que se generen determinadas modificaciones en cuanto a plazo y presupuesto de ejecución de obra, para ello se deberá elaborar un nuevo Expediente Técnico que contemple aquellas omisiones, a fin de que se continúe con la ejecución de la obra.

Entonces, resulta claro que el Expediente Técnico tiene una gran importancia para la ejecución de obras, pues representa un conjunto de parámetros que deberá seguir el Contratista para ejecutar la obra de manera correcta, pues al momento que la Entidad, a través de su Funcionario competente, recepcione la obra, deberá verificar que ésta se ha ejecutado conforme a los parámetros establecidos en el Expediente Técnico, contrario sensu se estaría incumpliendo el objeto del Contrato por parte del Contratista, y consecuentemente no se daría cumplimiento a la Finalidad Pública por parte del Estado en relación a los ciudadanos, como principal objetivo del Contrato Administrativo.

### **2.3.2. Contenido y elaboración**

Un Expediente Técnico, es un conjunto de documentos técnicos, que contienen el estudio detallado de un Proyecto de Inversión. Es conformado por la Memoria Descriptiva,

especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico.<sup>85</sup>

El Expediente Técnico es elaborado por un especialista, profesional o un técnico experto en la materia. Sin embargo, su elaboración se puede dar de tres formas:

“(…)

- Por Un consultor de obras, de la especialidad o especialidades que correspondan a las exigencias de cada proyecto en particular.
- Por la propia Entidad (Administración Directa).
- Por el ejecutor de la obra (obras ejecutadas bajo las modalidades llave en mano o concurso oferta). En estos caso, el ejecutor de obra debe contar, además, con el registro de consultor de obra o consorciarse con un consultor de obra (...)”<sup>86</sup>.

Dicho esto, cuando la propia entidad sea quien elabore el Expediente Técnico, es imprescindible que ésta cuente con sus propios especialistas en consultoría de obras, pues resulta lógico que en virtud de la carga administrativa que manejan los distintos funcionarios y servidores, no se elabore de la manera correcta, y con los estudios necesarios, pues debemos tener en cuenta que el Expediente Técnico dará origen a la ejecución de la obra, y tanto su buena o su mala ejecución beneficiará o afectará a una colectividad.

### **2.3.3. Procedimiento de aprobación**

El Expediente Técnico pasa por una serie de revisiones hasta su aprobación final. El Expediente Técnico, deberá ser visado por los profesionales que estuvieron a cargo de su elaboración, y por último, deberá ser visado por el funcionario o servidor a cargo de su aprobación.

---

<sup>85</sup> INCISPP, “*El Expediente Técnico en la ejecución de obras*”, septiembre 2017, extraída del: <http://incispp.edu.pe/blog/expediente-tecnico-ejecucion-obras/>.

<sup>86</sup> OSCE, “*El Expediente Técnico de Obra*”, Curso Virtual de Capacitación, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/ppt\\_cap3\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/ppt_cap3_obras.pdf).

Ahora bien, también formará parte del documento que aprueba el Expediente Técnico, el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRA), emitido por la Dirección de Arqueología del Ministerio de Cultura, en caso corresponda.<sup>87</sup>

## **2.4. Modificación del contrato**

El contrato puede ser modificado en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. Las modificaciones deben ser aprobadas por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio.<sup>88</sup>

En palabras de J.C. Morón Urbina y Z. Aguilera Becerril, cualquier modificación contractual para ser válida debe cumplir con las siguientes condiciones:

“(…)

- i) Respetar, en lo posible el equilibrio económico original, porque la modificación no es un instrumento para superar contratos ruinosos o pactados con desbalance para algunas de las partes.
- ii) Mantener la naturaleza jurídica del contrato, porque no es admisible en los contratos de obras, bienes y servicios la reconversión del contrato a otro de naturaleza distinta.
- iii) Respetar la disponibilidad presupuestal, porque el sustento financiero del contrato originalmente previsto no puede ser afectado mediante una negociación bilateral.
- iv) Fundamentarse en la conveniencia pública del cambio, y siempre con la idea de mantener la relación contractual (no destruirlo) y atender la finalidad pública que llevo a la administración a suscribir el contrato.
- v) La necesidad de resguardar la transparencia en la negociación y en la modificación del contrato, dado que la credibilidad de la gestión debe preservarse no solo en la fase de

---

<sup>87</sup> OSCE, “*El Expediente Técnico de Obra*”, Curso Virtual de Capacitación, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/ppt\\_cap3\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/ppt_cap3_obras.pdf).

<sup>88</sup> Cfr. Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, Art. 34°

selección, sino también en la ejecución, particularmente cuando se aborda la modificación de las condiciones pactadas inicialmente. Para ello, debería establecerse un procedimiento abierto en el que haya opiniones de las áreas usuarias, asesores legales, supervisión del contrato, entre otros.”<sup>89</sup>

En ese sentido, R. Druetta señala que "La modificación del contrato por mutuo acuerdo puede originarse en causas exógenas a la voluntad de las partes, sobrevinientes e imprevisibles al momento del perfeccionamiento del contrato, que tiene como efecto la subversión de la economía del contrato en atención al grave desequilibrio de las prestaciones que se verifica ante situaciones extraordinarias"<sup>90</sup>

Por otro lado, S. Rafeca, citado por R. Druetta, señala que lo fundamental es que el fin público se cumpla, aun cuando ello pueda implicar la modificación del contrato celebrado y que la posibilidad de tal modificación encuentra su razón de ser en la inmutabilidad o inalterabilidad del fin perseguido en el contrato, que no es otro que la satisfacción concreta y actual de las necesidades colectivas.<sup>91</sup>

En ese sentido, N. R. Shimabukuro Tokashiki, hace referencia al Principio de Mutabilidad o Flexibilidad, señalando que dicho principio predomina en la ejecución contractual para salvaguardar la satisfacción de las necesidades públicas comprometidas, el cual consiste sin más en la atribución de la potestas variandi por parte de la Administración pública, quien podrá variar los términos y condiciones del contrato de manera unilateral o prescindiendo de toda renegociación, por razones de interés público, a efectos de tutelar y garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas”.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> J.C. MORON URBINA y Z. AGUILERA BECERRIL, “La MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: necesidad, límites y regulación”, Colección: Lo Esencial del Derecho, 1ª Edición, 2017, p. 13.

<sup>90</sup> R. DRUETTA, “Renegociación del contrato administrativo”, 2ª Edición, Ediciones RAP, Buenos Aires. 2010. Pág. 427.

<sup>91</sup> S. RAFECA, citado por R. DRUETTA, “Renegociación del contrato administrativo”, 2ª Edición, Ediciones RAP, Buenos Aires. 2010. Pág. 431.

<sup>92</sup> N. R. SHIMABUKURO TOKASHIKI, “El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura Suscrito en el Marco Jurídico de Asociaciones Público – Privadas”, Derecho Regulatorio e Inversión Privada, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 45, p. 16.

A opinión personal, es evidente que una modificación contractual, conlleva a romper de alguna manera el equilibrio económico financiero del contrato original, siempre que no sea igualitario para ambas partes. Sin embargo, el deber tanto de la Entidad, así como del Contratista, es mantener el equilibrio de dicho contrato hasta el final; hecho que motiva a que, tanto Entidad como Contratista de manera consensuada puedan determinar la modificación del Contrato, de modo tal que se busque además de conservar el equilibrio económico financiero, el cumplimiento de la finalidad pública de la Entidad.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación, nos vamos a referir a las modificaciones directamente relacionadas al tema que nos ocupa, estas son la Prestaciones Adicionales de Obra y las Ampliaciones del Plazo.

#### **2.4.1. Ampliaciones de plazo y su procedimiento de aprobación**

El Art. 140° del Reglamento<sup>93</sup> hace referencias a las ampliaciones de plazo de manera general; y de manera específica para el caso de ejecución de Obras, el Art. 169° del mismo cuerpo normativo, señala a la letra: “El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación: 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. 2. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado. 3. Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metros que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a

---

<sup>93</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Art. 140°.

Art. 140° del Reglamento, las Ampliaciones de Plazo proceden en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

2. Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista. El contratista debe solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La Entidad debe resolver dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación de esta decisión.

precios unitarios”<sup>94</sup>.

Por otro lado, el OSCE a través del Ing. C. Hidalgo, hace referencia a las causales de Ampliación de Plazo, indicando que son tres: La primera de ellas referida a los Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista, dentro de las cuales se encuentran el Caso Fortuito y Fuerza Mayor, así como las causas atribuibles a la Entidad, como por ejemplo: terremotos, huaicos, desabastecimiento de materiales, paros, lluvias, la demora en el pago de adelanto por materiales, demora en absolución de consultas y falta de disponibilidad de terreno. La segunda se refiere al supuesto cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra, siempre que afecta la ruta crítica de la ejecución vigente<sup>95</sup>; y por último, hace referencia a la causal en el supuesto cuando sea necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obra, siendo necesario que haya mayores metrados que se originen como deficiencia en el cálculo de metrados. Del mismo modo, hace referencia de manera específica a los supuestos de Caso Fortuito y Fuerza Mayor, siendo que al momento de calificar esta causal es importante identificar bien dichas causales, debiéndose cumplir con tres condiciones fundamentales, conforme a lo señalado en el Art. 1315° del Código Civil: i) Extraordinarios, es decir fuera de lo común, ii) Imprevisibles, no posible de prever, iii) Irresistibles, nadie puede oponerse a esa causal.<sup>96</sup>

Ahora bien, el Procedimiento para aprobar la solicitud de Ampliación de Plazo está regulada en el Art. 170° del Reglamento, en primer lugar se debe hacer la anotación en el Cuaderno de Obra<sup>97</sup>, de la causal que genera la ampliación, el inicio y el final de las

---

<sup>94</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Art. 169°.

<sup>95</sup> Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra: Es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra.

<sup>96</sup> C. HIDALGO, “*Ampliaciones de Plazo*”, Aula Virtual OSCE, enero 2016 extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=INISnyI5I9s>.

<sup>97</sup> Cuaderno de Obra: El documento que, debidamente foliado, se abre al inicio de toda obra y en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas. El original del Cuaderno de Obra debe permanecer en la obra (siempre y cuando haya las garantías de seguridad suficientes) bajo custodia del residente, no pudiendo este impedir el acceso al Cuaderno de Obra al inspector o supervisor. Es decir, de ocurrir un siniestro al Cuaderno (robo, deterioro, quemado, etc.) sería responsabilidad del Residente y por lo tanto este debe hacer la denuncia policial correspondiente.

<sup>97</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 163°.- Cuaderno de Obra

163.1. En la fecha de entrega del terreno, el contratista entrega y abre el cuaderno de obra, el mismo que debe

circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo y de ser el caso, el detalle del riesgo no previsto, señalando su efecto y los hitos afectados o no cumplidos. Posteriormente, dentro de los quince días siguientes a la culminación de la causal de Ampliación de Plazo, el Contratista solicitará la Ampliación de Plazo, de manera cuantificada y debidamente sustentada, en este caso la carga de la prueba la tiene el Contratista, más no el Supervisor o Inspector<sup>98</sup>, según corresponda. En el plazo de cinco días hábiles siguientes, el Supervisor o Inspector deberá emitir un informe sustentado técnicamente su opinión respecto a la solicitud de Ampliación de Plazo, y elevarla a la Entidad, así como al Contratista de obra. Luego de haberse entregado el informe, la Entidad deberá resolver en diez días hábiles, si aprueba o desaprueba la solicitud de Ampliación de Plazo. Ahora bien, para la aprobación de la solicitud de Ampliación de

---

encontrarse legalizado y es firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda, y por el residente, a fin de evitar su adulteración. Dichos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el cuaderno de obra, salvo en los casos de ausencias excepcionales debidamente autorizadas por la Entidad, en los que puede autorizarse la firma del cuaderno de obra a otro profesional, el cual ejercerá esta labor de forma exclusiva e indelegable.

163.2. El cuaderno de obra consta de una hoja original con tres (3) copias desglosables, correspondiendo una de estas a la Entidad, otra al contratista y la tercera al inspector o supervisor. El original de dicho cuaderno debe permanecer en la obra, bajo custodia del residente no pudiendo impedirse el acceso al mismo.

163.3. Si el contratista o su personal, no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias, constituye causal de aplicación de una penalidad equivalente al cinco por mil (5/1 000) del monto de la valorización del periodo por cada día de dicho impedimento.

163.4. Concluida la ejecución y recibida la obra, el original queda en poder de la Entidad.

<sup>98</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 159° y 160°.

“Art. 159°.- Inspector o Supervisor de Obras

159.1. Durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. (...)

159.2. El inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir con la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra. Es obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutar sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo (...).”

“Art. 160°.- Funciones del Inspector o Supervisor

160.1. La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, además de la debida y oportuna administración de riesgos durante todo el plazo de la obra, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes. En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.

160.2. El inspector o el supervisor, según corresponda, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

160.3. El contratista debe brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales están estrictamente relacionadas con esta.”

Plazo, debe tenerse en cuenta lo previsto en el Art. 8° de la Ley<sup>99</sup>, que señala como facultad indelegable por parte del Titular de la Entidad, la aprobación de Adicionales de Obra y Ampliaciones de Plazo. Si en el plazo de diez días hábiles no se notifica al contratista de obra, lo informado por el Supervisor, se tiene por aprobado. Y en el caso de que en el plazo de quince días, no haya pronunciamiento por parte del Supervisor, ni por parte de la Entidad, se reconocerá el plazo que el contratista ha solicitado. Cuando las ampliaciones se sustenten en causales que no correspondan a un mismo periodo de tiempo, sea este parciales o totales, cada solicitud de ampliación de plazo debe tramitarse y resolverse independientemente.<sup>100</sup>

Ahora bien, el artículo precitado, también hace referencia a las denominadas Ampliaciones de Plazo Parcial, las mismas que se configuran cuando no se tenga fecha prevista de conclusión de la actividad que genera la Ampliación de Plazo, debiendo acreditarse y sustentarse dicha situación por parte del Contratista de Obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual. La Entidad puede otorgar ampliaciones de plazo parcial, a fin de permitir que el contratista valore los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.

Por otro lado, la Ampliación de Plazo en un plazo máximo de siete días hábiles de notificada su aprobación, obliga al Contratista a presentar al inspector o supervisor: Un calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y la Programación CPM correspondiente, como condición para el pago de los mayores gastos generales. El

---

<sup>99</sup> Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, Art. 8°

“(…) 8.2 El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. Puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra. No pueden ser objeto de delegación, la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A de la presente Ley y los otros supuestos que establece en el reglamento”.

Art. 34-A.- Modificaciones convencionales al contrato.

Sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar, cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad. El Reglamento establece los requisitos y formalidades para estas modificaciones (…)

<sup>100</sup> Cfr. Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 170°.



inspector o supervisor debe elevarlos a la Entidad en un plazo máximo de siete días, contados a partir del día siguiente de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista; y en un plazo no mayor de siete días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad debe pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplaza en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tiene por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

En caso de cualquier controversia relacionada con las solicitudes de ampliación de plazo puede ser sometida al respectivo medio de solución de controversias dentro de los treinta días hábiles posteriores a la fecha en que la Entidad debió notificar su decisión o de la notificación de la denegatoria, total o parcial, de la solicitud formulada.

El Art. 171° del Reglamento señala a la letra: “171.1. Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y los gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones. Los costos directos deben encontrarse debidamente acreditados y formar parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso. Los gastos generales variables se determinan en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra. Solo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso. Como parte de los sustentos se requiere detallar los riesgos que dieron lugar a la ampliación de plazo. 171.2. En el supuesto que la reducción de prestaciones genere la reducción del plazo de ejecución contractual, los menores gastos generales se deducen de la liquidación final del contrato. 171.3. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad debe ampliar el plazo de los otros contratos que hubiera celebrado que se encuentren

vinculados directamente al contrato principal.”<sup>101</sup>

#### **2.4.2. Ejecución de Adicionales de los contratos de ejecución de obra**

Conforme lo señalado en la sección de definiciones del Reglamento, un adicional de obra es una prestación de carácter excepcional, que inicialmente no se encuentra considerada en el Expediente Técnico, ni en el contrato, pero que cuya realización resulta necesaria para dar cumplimiento a la meta de la obra principal, dando lugar a un presupuesto adicional.<sup>102</sup>

M. Castillo Freyre y R. Sabroso Minaya señalan que los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva, en el caso del contrato de obra, de mayores trabajos no considerados en el contrato original.<sup>103</sup>

Ahora bien, los trabajos adicionales de obra regulados en el Art. 34<sup>104</sup> de la Ley, generan costos inicialmente no previstos para la entidad. Es preciso señalar que, en la contratación del Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos.

Los adicionales de obra en la práctica, muchas veces son generados por Expedientes Técnicos mal elaborados, acontecimientos naturales o conflictos sociales. Estos deben

---

<sup>101</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 171°

<sup>102</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Sección definiciones.

<sup>103</sup> M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “El arbitraje y los adicionales de obra”, *Revista de Derecho*, N° 66, 2011, p.p. 323-324.

<sup>104</sup> Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por Decreto Legislativo N° 1341, Art. 34°

“(…) 34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad (...).”

tener carácter excepcional, en razón de la naturaleza del contrato de obra, que es el cumplimiento de la Finalidad Pública. Sin embargo, en la realidad se presentan de manera constante.

M. Salinas Seminario, señala que los Adicionales de Obra se generan en su mayoría por deficiencias del Expediente Técnico, por mayores metrados, o por hechos o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. (...) En el Art. 175° del Reglamento se habla de prestaciones adicionales menores al 15% y en el Art. 176° se regulan las prestaciones adicionales mayores al 15%. Se calculan dependiendo del momento de su generación. Por un lado, se tienen los Adicionales Puros, que se refieren a Partidas Nuevas que antes no existían y su ejecución es necesaria para cumplir con las metas en su totalidad; en el caso de Partidas ya existentes, que necesiten ser mejoradas por razones técnicas, se genera el denominado Adicional con Deductivo Vinculante (...). Los Adicionales de los contratos de obra, deberán seguir el sistema de contratación que los Contratos originales, sea suma alzada o precios unitarios (...). Del mismo modo, se debe hacer referencia al Deductivo Vinculante, que se define como aquel presupuesto conformado por Partidas Contractuales que no se van a ejecutarse y que serán sustituidas por partidas adicionales de la misma finalidad; el Deductivo Vinculante si puede ser considerado en el cálculo del porcentaje para determinar si excede o no el 15%, Sin embargo, no se puede considerarse el otro tipo de Deductivo por menores metrados (...).”<sup>105</sup>

De modo similar a las Ampliaciones de Plazo, en lo que concierne a obras se aprueban prestaciones adicionales hasta el 15% solamente a través del Titular de la Entidad, en atención a lo previsto en el Art. 8° de la Ley, que señala como facultad indelegable por parte del Titular de la Entidad, la aprobación de Adicionales de Obra y Ampliaciones de Plazo.

Se evidencia que a diferencia de las Ampliaciones de Plazo, los Adicionales de Obra no se aprueban de manera automática, en caso la Entidad no se pronuncie en el plazo dispuesto por el Reglamento, sino que únicamente se considera una causal para la Ampliación de

---

<sup>105</sup> M. SALINAS SEMINARIO, “*Adicionales de Obra*”, Curso de Capacitación Virtual, enero 2016, extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=QsO5FXYspyI>.

Plazo. Creemos que esta diferencia, está sustentada en la inversión del Presupuesto por parte de la Entidad, es decir que los Adicionales de Obra tienen injerencia necesaria en la modificación del presupuesto original de la Obra, hecho que motiva su especial tratamiento para su aprobación.

Ahora bien, tenemos dos tipos de Adicionales de Obra, los mismos que serán materia de tratamiento en los próximos capítulos, sin embargo en este apartado, solo haremos una breve mención al respecto.

#### **a) Adicionales de obra menores al 15%**

El Art. 175° del Reglamento<sup>106</sup> hace referencia a las prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%), señalando que solo proceden cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

Ahora bien, el procedimiento que debe seguirse para la aprobación del Adicional de Obra menor al 15%, se inicia con la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra que debe ser anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista a través de su residente<sup>107</sup>, o por el inspector o supervisor, según corresponda; Y en un plazo máximo de cinco días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor, según corresponda, debe comunicar a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto de la necesidad de ejecutar la prestación

---

<sup>106</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones, modificado por Decreto Supremo N° 056-201-EF, Art. 175°.

<sup>107</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones, modificado por Decreto Supremo N° 056-201-EF,

“Art. 154°.- Residente de Obra

154.1. Durante la ejecución de la obra debe contarse, de modo permanente y directo, con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la Entidad, como residente de la obra, el cual puede ser ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, con no menos de dos (2) años de experiencia en la especialidad, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad de la obra.

154.2. Por su sola designación, el residente representa al contratista como responsable técnico de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato.

154.3. El residente de obra no podrá prestar servicios en más de una obra a la vez, salvo lo previsto en el siguiente numeral (...).”

adicional. Acto seguido, la Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra está a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor, este último en calidad de prestación adicional, aprobada conforme al procedimiento previsto en el Art. 139° del Reglamento. Concluida la elaboración del expediente técnico el inspector o supervisor lo eleva a la Entidad. En caso el expediente técnico la elabore la Entidad o un consultor externo, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción del expediente técnico, para remitir a la Entidad el informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico. Recibida la comunicación del inspector o supervisor, la Entidad cuenta con doce días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo. El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

#### **b) Adicionales de obra mayores al 15%**

El Art. 176° del Reglamento<sup>108</sup>, las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. La determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios.

En cuanto a su procedimiento de aprobación, deberá seguirse el mismo procedimiento que para la aprobación del Adicional menor al 15%, únicamente debe adicionarse la aprobación de la Contraloría General de la República, que cuenta con un plazo máximo de quince días hábiles, bajo responsabilidad, computados a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Luego de haber

---

<sup>108</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones, modificado por Decreto Supremo N° 056-201-EF, Art. 176°.

transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.

Ahora bien, en el caso de las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento del monto del contrato original. En caso que supere este límite, se procede a la resolución del contrato, para continuar con la ejecución de la obra debe convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.

### **3. La Finalidad Pública de los Contratos de Ejecución de Obra**

La Finalidad Pública de los Contratos de Ejecución de Obra, han sido ya detallados en los apartados precedentes. Sin embargo, luego de haberse ya determinado el contexto en el cual actúa la Entidad Pública y su rol servidor frente a los administrados, debemos concluir que el Estado al celebrar Contratos de Ejecución de Obra, busca el cumplimiento de su finalidad pública, la misma que está orientada a mejorar el valor de los recursos públicos y que se invierten en obras u otro servicios públicos, con el único objetivo de beneficiar a la población, dándole mejores condiciones de precio y calidad.

Es importante tener siempre presente la finalidad pública de los Contratos de Ejecución de Obra, ya que si bien es cierto, el objeto es ejecutar una determinada obra, la finalidad de ésta es la satisfacción de los intereses públicos de los ciudadanos, y en consecuencia se cumplirá finalidad pública, en virtud de la utilización de los recursos públicos.

Entonces, la finalidad pública de los contratos de ejecución de obra es establecer pautas que se orienten a mejorar los recursos públicos, los bienes, servicios u obras que se requieran, a fin de orientarlos al cumplimiento de las funciones de la Entidad, que se invierten en obras en beneficio de la población y así orientar todo bajo pautas y normas para buscar resultados que se dan en las contrataciones de obras, de tal forma que se

efectúen en forma oportuna y cumpliendo plazos, bajo las mejores condiciones que establezca la entidad y estas permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan consecuencias positivas en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Otra de los pilares fundamentales está centrado en el actuar de ambas partes, tanto Entidad como Contratistas, el mismo que debe regirse por la buena fe, ya que la ausencia de ésta, podría causar la ruptura del equilibrio económico financiero, afectando a Entidad y Contratista, y sobre todo a una población.

Siendo así, los principios que se enuncian en la Ley de Contrataciones del Estado y la normativa actual, buscan mejorar el nivel de integración de las Entidades, y así mantener la comunicación adecuada entre el Estado y la población, con la finalidad de lograr un mejor funcionamiento de la Entidad Pública, buscando elevar los niveles de eficiencia y satisfacción de los tanto usuarios internos y externos.

## CAPITULO III

### ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

#### 1. Definición

En preciso empezar por señalar que el enriquecimiento sin causa es una figura jurídica regulada en el Art. 1954º del Código Civil<sup>109</sup>, que señala a la letra: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”. Es decir, que dicha figura tiene naturaleza civil; sin embargo, como bien sabemos en el ámbito de las Contrataciones con el Estado, se aplican las normas de la materia, las del Derecho Administrativo, y de manera supletoria las normas del Derecho Civil. En ese sentido, es menester definir de manera detallada esta figura.

En cuanto al origen de esta figura jurídica, de acuerdo a D. Peñailillo Arévalo citando a R. Nuñez Lagos, se atribuye a un texto de Pomponio en el Digesto<sup>110</sup>, pues nos remitimos al Derecho Romano, que no llegó a considerarla como fuente autónoma de obligaciones, pero se aplicó en situaciones determinadas, concediéndose al empobrecido una *condictio*<sup>111</sup>.

En el Derecho Romano se admitieron los siguientes tipos de *condictiones*: *Condictio indebiti*, *Condictio ob causam datorum* o *causa data causa non secuta*, *Condictio ob turpem causam*, *Condictio ob iniustam causam*<sup>112</sup>, y *Condictio sine causa*<sup>113</sup>, ésta última de

---

<sup>109</sup> Código Civil, Art. 1954º.

<sup>110</sup> Digesto 50.17.206 que reproduce la regla de derecho propuesta por Pomponio, que reza en su tenor literal: “*Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*”, que traducida al español significa: “Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria”. O “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*. 12.6.14. Pomponius libro. 21 ad Sabinum”, que traduce al castellano: “Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro”. (Corte Suprema de Justicia. Sal Cas Civil. Rad. 540001-3103-006-1999-00280-01), (2012, p.21).

<sup>111</sup> *Conditiones*. “Estas eran acciones personales para ciertas situaciones particulares en las cuales se producía un enriquecimiento sin causa”. (L. DIEZ PICAZO y M. DE LA CÁMARA, “*Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*”, Civitas, Madrid, 1991, p. 142).

<sup>112</sup> a) *Condictio indebiti*, a favor de quien, creyéndose erróneamente deudor, efectúa un pago, para que la persona que lo recibió indebidamente se lo devuelva.

b) *Condictio ob causam datorum* o *causa data causa non secuta*, que se concedía para reclamar la devolución de lo que una persona hubiera recibido en virtud de una causa lícita que se esperaba y que no ha llegado a tener lugar.



aplicación más extensa, que terminó convirtiéndose en una acción general contra el enriquecimiento para los desplazamientos directos, configurándose para los indirectos la llamada “actio in rem verso”.<sup>114</sup>

Siguiendo a J. Arias Fonseca<sup>115</sup>, quien hace referencia a la jurisprudencia colombiana, señala que es pertinente precisar que el enriquecimiento sin causa o injustificado y la actio in rem verso, son dos figuras distintas pero estrechamente ligadas entre sí, siendo la diferencia básicamente que “el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada; mientras que la actio in rem verso es la figura procesal a través de la cual se maneja la pretensión, permitiéndole al empobrecido reclamar los efectos de la vulneración de dicho principio general”<sup>116</sup>.

La actio in rem verso, es la acción o garantía judicial conducente para reclamar la compensación o restitución que se deriva de la aplicación de la fuente de obligaciones, o sí se quiere, del principio del derecho conocido doctrinalmente como enriquecimiento sin causa o injustificado.<sup>117</sup>

Según C. A. Bohórquez Yepes citando a J. Barrientos Grandon, señala que “(...) la concebía como una acción fundada en la máxima de justicia conforme a la cual nadie podía

---

c) *Condictio ob turpem causam*, que se otorgaba para solicitar la devolución de lo que se había entregado por causa deshonrosa para el que recibió.

d) *Condictio ob iniustam causam*, que procedía cuando el fundamento en vista del cual se dio algo no tiene validez jurídica.

<sup>113</sup> Locución latina: Acción tendiente a la restitución en los casos de enriquecimiento injusto, aun siendo lícito el objeto.

<sup>114</sup> R. NUÑEZ LAGOS, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho Español*”, Editor Reus, Madrid, 1934, p.p. 129-130), citado por D. PEÑAILILLO ARÉVALO, “*El Enriquecimiento Sin Causa, Principio de Derecho y Fuente de las Obligaciones*”, Revista de Derecho (Universidad de Concepción), N° 200, Diciembre 1996, p. 10, nota 6.

<sup>115</sup> J. ARIAS FONSECA, “El Enriquecimiento Sin Causa y la Acción In Rem Versó en materia de responsabilidad estatal por realización de Obras, prestación de Servicios y Suministro de Bienes sin Contrato Estatal”, *Jurídicas CUC*, Volumen 9, N° 1, Colombia, abril 2013, p. 154.

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección 3°. Rad: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), 22 de julio 2009, p. 23, citado por J. ARIAS FONSECA, “*El Enriquecimiento Sin Causa y la Acción In Rem Versó en materia de responsabilidad estatal por realización de Obras, prestación de Servicios y Suministro de Bienes sin Contrato Estatal*”, cit., p. 154, Referencia 7.

<sup>117</sup> J. ARIAS FONSECA, “*El Enriquecimiento Sin Causa y la Acción In Rem Versó en materia de responsabilidad estatal por realización de Obras...*”, cit. p. 145.

enriquecerse a expensas de otra persona y, por lo mismo, limitada al monto del provecho obtenido (...).<sup>118</sup>

J. M. Lete Del Río citado por M. J. López Mesa, refiere que: “Se produce un enriquecimiento sin causa, también denominado (...) “enriquecimiento injustificado” o “enriquecimiento torticero”, “cuando una persona se beneficia o enriquece a costa de otra, sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial. Y con respecto a la acción predican: “Por consiguiente, al no estar justificada la atribución patrimonial, la persona que recibió deberá restituir, y, por ello, se concede un remedio procesal (una acción) al empobrecido o perjudicado para que reclame la restitución (...)”.<sup>119</sup>

En palabras de M. Castillo Freyre y G. Molina Agui respecto al Enriquecimiento Sin Causa, indican que “La doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son –precisamente todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado”.<sup>120</sup> Siendo así, debemos entender que la acción del Enriquecimiento Sin Causa se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado.

---

<sup>118</sup> J. BARRIENTOS GRANDON, “*La actio de in rem verso en la literatura francesa de pothier a l’arret boudier*”, Revista de Historia de Derecho Privado, N°. III, Santiago de Chile, p. 65, citado por C.A. BOHÓRQUEZ YEPES, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho Civil y Administrativo, Origen y Evolución de la Actio In Rem Verso*”, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2014, p. 40, nota 36.

<sup>119</sup> J. M. LETE DEL RÍO, “*Derecho de Obligaciones*”, Tecnos 1989, Volumen II, p. 173, citado por M. J. LÓPEZ MESA, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)*”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 13, Madrid 2009, p. 372, nota 32.

<sup>120</sup> M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa”, *Revista de Derecho Administrativo Jus Doctrina & Práctica*, N° 2, Editora Jurídica Grijley, Lima 2009, p. 4.

En cuanto a su naturaleza jurídica, para algunos autores, el Enriquecimiento Sin Causa, tiene una doble naturaleza, pues por un lado se considera como Principio General del Derecho, y por otro, se considera como Fuente de las Obligaciones.

Por un lado, D. Peñailillo Arévalo señala que es un Principio en tanto que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin causa alguna que lo justifique, y tiene la calidad de Fuente de las Obligaciones, pues consiste en una atribución patrimonial sin una justificación que lo explique, de modo que, constatado, se impone una obligación.<sup>121</sup>

Ahora bien, Llambías citado por M. Castillo Freyre, afirma que “El enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción in rem verso, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado sin justa causa, una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello (...)”.<sup>122</sup>

Se suma a dicha postura A. Von Tuhr, citado por M. Castillo Freyre y R. Sabroso Minaya, pues el primero señala que “El enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Además, que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento (...)”.<sup>123</sup>

Ahora bien, siguiendo a A. Campos Medina, quien señala que “(...) En lo que respecta al enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de obligaciones, la tesis sostiene que el enriquecimiento sin causa es efectivamente una fuente de obligaciones pero que no puede ser asimilada a ninguna otra, por lo que adquiere identidad propia (...)”<sup>124</sup>. Por otro lado, en el derecho y en la práctica encontraremos muchos casos, como más adelante veremos, en los cuales el enriquecimiento sin causa surge íntimamente entrelazado con otra fuente de

---

<sup>121</sup> D. PEÑAILILLO ARÉVALO, “El Enriquecimiento Sin Causa, Principio de Derecho y Fuente de las Obligaciones”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 200, Diciembre 1996, p. 9.

<sup>122</sup> J. J. LLAMBÍAS, “*Tratado de las obligaciones*”. Perrot, Buenos Aires 1964, tomo IV-B, p. 375, citado por M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “*Materia Arbitrable en la Contratación Pública*” *Revista Derecho & Sociedad*, N° 33, Lima 2009, p. 256, nota 26.

<sup>123</sup> A. VON TUHR, “*Tratado de las obligaciones*”, Traducido del alemán, Editorial Reus, Madrid 1934, Tomo 1, p. 323, citado por M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “*Materia Arbitrable en la Contratación Pública*”, cit. p. 256, nota 24.

<sup>124</sup> A. CAMPOS MEDINA, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, 2006, p. 311.

obligaciones por lo que es difícil sostener su independencia (...)”. En ese sentido, el referido autor respalda la postura de que el Enriquecimiento Sin Causa es un Principio, siguiendo a L. Díez Picazo, en tanto refiere que “(...) no cabe duda que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del derecho) y en tanto ello no puede decirse que esté limitado a una fuente específica de obligaciones (...)”<sup>125</sup> Por lo tanto, el enriquecimiento sin causa no es una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa el derecho civil en general y que ha sido convertida en norma positiva (ya sea en una sección específica del Código Civil o no) expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece (...)”<sup>126</sup>.

Así, L. Enneccerus citado por M Castillo Freyre y R. Sabroso Minaya, señalan que “El fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello con lo que injustificadamente se enriqueció (...)”<sup>127</sup>.

Dicho esto, a opinión propia, el Enriquecimiento Sin Causa debería ser considerado como Principio, en tanto que puede ser considerado como el origen, materializado en un conjunto de ideales que podrían aplicarse de manera general a las distintas relaciones jurídicas reguladas en nuestro Código Civil, partiendo de la Premisa: “Nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro”, relacionado estrechamente con el Principio de Equidad y Buena Fe de las partes de la relación jurídica. Además, no podríamos considerarla como Fuente de las Obligaciones autónoma, siendo que es evidente que no tiene existencia per se, sino en virtud de la existencia de una relación jurídica establecida de manera previa; y sumado a ello, que tiene un carácter subsidiario, pues sólo podrá emplearse en el caso en el que no

---

<sup>125</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, “*Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa*”, Civitas, Madrid 1988, p. 32, citado por A. CAMPOS MEDINA, “*La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos*”, Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, 2006, p. 312, nota 11.

<sup>126</sup> A. CAMPOS MEDINA, “*La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos*”, cit. p.p. 312-313.

<sup>127</sup> L. ENNECCERUS, “*Derecho de obligaciones*”, Bosch, 2º Edición, Barcelona, Volumen Segundo, p. 583, citado por M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “*Materia Arbitrable en la Contratación Pública*” Revista Derecho & Sociedad, N° 33, Lima 2009, p. 256, nota 27.

haya ningún otro mecanismo para restituir el Equilibrio de intereses de las partes. Desde esta óptica, incluso podríamos llegar a pensar que el Enriquecimiento Sin Causa no es un mecanismo aplicado en la mayoría de casos, pues al no tener autonomía, tan sólo tendría una actuación supeditada a la existencia previa de una relación jurídica (siendo ésta última la verdadera fuente de las obligaciones), y a la aplicación de los otros mecanismos que las mismas partes pactan, a efectos de restablecer el Equilibrio de intereses.

Entonces, el Enriquecimiento Sin Causa es la situación en la cual un sujeto se enriquece a expensas de otro sin que exista algún motivo que autorice tal desequilibrio patrimonial, dando lugar al origen de la obligación de retribuir lo enriquecido.

En ese sentido, se considera que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es causa eficiente de la obligación de indemnizar por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.<sup>128</sup>

Dicho esto, tal como se indicó al inicio del presente capítulo, el Enriquecimiento Sin Causa está regulado en el Código Civil; sin embargo, el precitado cuerpo normativo no desarrolla de manera detallada el alcance de esta figura, pues resultaría equivoco pensar que puede desarrollarse en tan sólo dos artículos, Art. 1954° y Art. 1955°, en tanto que tal definición no recoge la totalidad de los elementos considerados para dicha categoría. Por ello, nos remitimos a los conceptos esbozados a nivel doctrinario.

Es evidente que el Enriquecimiento Sin Causa busca a todas luces la restitución de la ventaja ganada frente a una retención sin causa alguna, independientemente de cuál sea el motivo por el cual se pretenda restablecer el equilibrio, siendo que algunos se fundan en el hecho ilícito, otros en el restablecimiento patrimonial, y otros en la equidad o en la moral.

Ahora bien, si partimos de una relación contractual, podemos decir que el Enriquecimiento Sin Causa se aplica de manera subsidiaria, pues entendemos que en primera instancia hay un compromiso de las partes celebrantes de cumplir con las prestaciones a su cargo, lo que

---

<sup>128</sup> M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “El Enriquecimiento Sin Causa en el Arbitraje de Contratación Pública” *Revista Arbitraje PUCP*, N° 06, Lima 2016, p. 21.

conlleva al Equilibrio de intereses existente en dicha relación contractual, siendo el deber de ambas partes mantener dicho Equilibrio. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿Qué sucede en aquellos casos en los que a causa de distintos factores, una de las partes se beneficia más de dicha relación contractual?, pues evidentemente se rompería aquella armonía existente entre los intereses de las partes celebrantes, produciendo un desequilibrio patrimonial, toda vez que una de las partes se beneficia y la otra no. En esa línea, debemos tener claro el carácter subsidiario del Enriquecimiento Sin Causa, pues al no haber otro medio de restablecer el equilibrio, debe tomarse como último mecanismo la aplicación de dicha figura. En esa línea, H. Martínez Flores<sup>129</sup> indica que “El enriquecimiento sin causa tiene una aplicación subsidiaria, no siendo procedente cuando el empobrecido pueda ejercitar otra pretensión, según lo precisa el Art. 1955° del Código Civil.”<sup>130</sup>

Teniendo en cuenta los diversos conceptos esbozados por los autores precitados, debemos detenernos a definir uno de los conceptos importantes de la figura del Enriquecimiento Sin Causa, nos referimos así al Patrimonio. En ese sentido, citamos a M. Castillo Freyre quién a su vez cita a N. Coviello, el mismo que indica que “El patrimonio puede denotar el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, estimables en dinero y, por lo tanto, no sólo los derechos sino también las deudas, y se habla entonces de activo y de pasivo del patrimonio (...) El patrimonio puede denotar también únicamente el conjunto de los derechos estimables en dinero pertenecientes a una persona, esto es, de las solas actividades; patrimonio bruto. Y, finalmente, el conjunto de los valores que quedan después de deducidas las deudas, el patrimonio neto”.<sup>131</sup>

Si hablamos de enriquecimiento sin causa es muy importante tener presente dos aspectos: la Buena Fe y la Ética.

---

<sup>129</sup> H. MARTÍNEZ FLORES, “El Enriquecimiento Injustificado: ¿Indemnización o Restitución?”, *Revista Derecho y Cambio Social*, N° 011, p. 1.

<sup>130</sup> Código Civil, Art. 1955°.- “La acción a que se refiere el Artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”.

<sup>131</sup> N. COVIELLO, “*Doctrina general de Derecho Civil*”, Traducción al castellano de la 4ª Edición Italiana, por FELIPE DE J. TENA, Ara Editores, Perú 2007, p. 304, citado por M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “*Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa*”, cit., p. 10, nota 21 y 22.

De acuerdo a lo señalado por M. Revollo Puig, “(...) no parece inoportuno ni excesivo afirmar que la equidad y la justicia material tienen en el Derecho Administrativo un papel más destacado que en el Derecho Civil, lo que sustenta mediante la sentencia del Tribunal Supremo Español que señala que si en el Derecho Privado se valoró más a la seguridad jurídica, en el Derecho Administrativo va imponiéndose el principio de justicia porque no en vano las relaciones administrativas están influenciadas por la equidad y la buena fe”.<sup>132</sup>

En ese sentido, definimos al enriquecimiento sin causa como la situación de jurídica y de hecho en la cual una parte se ve enriquecida a costas de la otra, sin tener un título válido que habilite dicho enriquecimiento, dando lugar a que la parte empobrecida demande la restitución de su pérdida, a fin de restablecer el equilibrio económico que rige toda relación jurídica.

En la presente investigación, debemos circunscribirnos al contexto de los Contratos Administrativos, es decir aquellos celebrados por una Entidad Pública para el cumplimiento de su Finalidad Pública, específicamente a los Contratos de ejecución de obra pública. Siendo así, debemos señalar que los Contratos para ejecución de Obra Pública, tienen de un lado a la Entidad Pública contratante que persigue la obtención de una obra ejecutada de manera eficiente; de otro a la Empresa Contratista a cargo de su ejecución, que persigue la obtención del beneficio económico; evidenciándose así, un equilibrio perfecto de los intereses de cada parte, traducido en el Equilibrio Económico Financiero de dicho Contrato. Así también, debemos recordar que los Contratos de Obra, tienen como finalidad beneficiar a la población.

Teniendo en cuenta ambos intereses, tanto de la Entidad como del Contratista, es menester señalar que éstos están obligados a actuar con buena fe y ética. Si bien es cierto, cada uno velará por su propio beneficio, es claro que tanto el Funcionario Público como el Contratista a cargo de la ejecución cumplirán sus funciones de manera óptima, dejando de lado malas intenciones o incentivos perversos, pero no debemos olvidar que todos los actos referidos a los procesos de selección de las Entidades Públicas están sujetos a las reglas de honradez, veracidad, justicia y probidad.

---

<sup>132</sup> M. REVOLLO PUIG, “*El enriquecimiento injusto de la administración pública*”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, pp. 77 – 78.

Ahora bien, descrita la situación, debemos tener en cuenta que acorde a la realidad, es común que por diversos motivos, la ejecución de la obra contratada no sea cumplida de manera eficiente y producto de ello resulten perjudicados la Entidad, el Contratista y consecuentemente la población beneficiaria. Evidentemente, el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el Contrato de Obra y sus documentos que las contienen, dan lugar a que se produzca un desbalance en cuanto a sus intereses, los mismos que se en traducidos en el perjuicio económico que afectará a alguna de las partes, produciendo así una ruptura del Equilibrio Económico Financiera del Contrato de Obra.

Dicho esto, para ser más específicos, nos vamos a centrar en el supuesto más común de ruptura del Equilibrio Económico Financiero de los Contratos de Obra, nos referimos así a la Ejecución de Adicionales de Obra<sup>133</sup>, cuando estos no cuenten con autorización previa para su ejecución, pero son necesarios para el cumplimiento de la Finalidad Pública de la Entidad.

La situación descrita en el párrafo precedente, a simple vista, nos llama a pensar que si el Contratista ejecuta un Adicional de Obra, sin cumplir con el procedimiento regular y consecuente autorización por parte de la Entidad, ésta última no debería pagar al Contratista por su ejecución. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿Qué sucede con aquel Adicional ejecutado que sirvió para cumplir de manera eficiente el objeto del Contrato y consecuentemente la Finalidad Pública?, ¿Estamos frente a un Desequilibrio Económico Financiero del Contrato de Obra?, ¿Debe prevalecer la formalidad, sobre el Interés Público y consecuentemente la Finalidad Pública?, y por último ¿Estamos ante un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa por parte de la Entidad en perjuicio del Contratista?.

Todas estas interrogantes, nos llevan a reflexionar respecto a la situación en la que la Entidad Pública se beneficia de la ejecución del Adicional de Obra, sin embargo no efectúa su pago, debido a que el Contratista no observó la formalidad impuesta por Ley para su tramitación (situación distinta a la desaprobación, pues ésta supone el pronunciamiento

---

<sup>133</sup> Adicionales de Obra: Son prestaciones de carácter excepcional, en tanto no se encuentran consideradas en el Expediente Técnico, ni en el contrato, pero su realización resulta indispensable para dar cumplimiento a la meta de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.



negativo de la Entidad), siendo que no cuenta con pronunciamiento por parte de la Entidad, y aun así lo ejecuta por ser de necesidad urgente para cumplir las metas del Proyecto, y continuar o culminar su ejecución.

Dicho esto, a opinión personal creemos que efectivamente estamos ante una situación de Enriquecimiento Sin Causa, dónde la parte perjudicada termina siendo el Contratista que ejecutó el Adicional, causándole detrimento de carácter económico; y de otro lado, la Entidad como la parte que se beneficia, aumentando sus activos sin pago justificado a favor del Contratista, incumpliendo su deber de mantener el Equilibrio Económico Financiero del Contrato. Por lo que, creemos que corresponde a ésta última restablecer el Equilibrio, a través de la Compensación del Adicional ejecutado, el mismo que deberá cumplir con todos aquellos aspectos para ser considerado como tal, es decir, no estar previsto en el Expediente Técnico original, pero que resulta necesaria su ejecución para culminar con el desarrollo total de todas las partidas conformantes de la Obra, y por último, el consecuente cumplimiento de la finalidad pública.

En ese sentido, es justamente ésta la situación que será materia de estudio de la presente investigación. Empero, como bien sabemos, en la normativa vigente respecto a las Contrataciones Estatales tampoco se ha desarrollado la figura del Enriquecimiento Sin Causa, limitándonos al contenido de las Opiniones Técnicas emitidas por el Órgano rector (OSCE). Siendo así, es factible partir de éstas últimas y de la doctrina, para efectos de realizar un estudio en torno a los elementos y alcance de dicha figura en la situación descrita líneas arriba.

## **2. Presupuestos para la configuración del enriquecimiento sin causa**

La doctrina nos da luces de los requisitos para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa. Llambías indica que los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, son los siguientes: (i) el enriquecimiento del demandado; (ii) el empobrecimiento del demandante; (iii) la relación causal entre esos hechos; (iv) la

ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y, (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio<sup>134</sup>.

De otro lado, tenemos lo señalado por el OSCE en Opinión N° 007-2018/DTN, en cuanto a los elementos necesarios para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa que a la letra señala: “De esta manera, para que en el marco de las contrataciones del Estado, se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor”<sup>135</sup>.

Tal como se puede apreciar, tanto la Doctrina como el OSCE, coinciden en cuanto a los requisitos, salvo el último, que para el caso de la Doctrina viene a referirse al carácter subsidiario del Enriquecimiento Sin Causa, que sin embargo creemos que más que ser un requisito, debe considerarse como una característica de dicha figura.

Siendo así, y teniendo en cuenta el tema que nos ocupa dentro del ámbito de las Contrataciones Estatales, de manera específica los Contratos de Ejecución de Obra, debemos tener en cuenta que el Enriquecimiento Sin Causa debe reunir los siguientes presupuestos:

- Enriquecimiento de la entidad y el empobrecimiento del proveedor.
- Conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.
- Ausencia de causa jurídica para el enriquecimiento y empobrecimiento.
- Buena Fe del Proveedor.

---

<sup>134</sup> J. J. LLAMBÍAS, “*Tratado de las obligaciones*”. Editorial Perrot, Tomo IV-B, Buenos Aires 1964, p. 380.

<sup>135</sup> OSCE, Opinión N° 007-2017/DTN, Punto 2.1.4

## 2.1 Enriquecimiento de la Entidad y el Empobrecimiento del Proveedor

### a) Enriquecimiento:

Este es el primer requisito para configurar el Enriquecimiento Sin Causa, pues, si no hay una parte que se enriquece, automáticamente no existiría dicha figura.

En primer lugar, nos vamos a referir al Enriquecimiento, como se dijo anteriormente, constituye la esencia del Enriquecimiento Sin Causa. En esa línea, como señala J. Arias Fonseca, conlleva al aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía<sup>136</sup>.

Según C. Lasarte “la noción de enriquecimiento puede identificarse con cualquier acto o hecho que genera un incremento patrimonial para el enriquecido o, lo que es lo mismo, un aumento del valor de su patrimonio (...)”.<sup>137</sup>

M. Castillo Freyre y R. Sabrodo Minaya, cita a A. Von Tuhr, el cual sostiene que “El patrimonio puede enriquecerse o bien a través de un aumento o bien a través del cuidado de su no disminución. Dentro del primero señala que se encuentra la posibilidad de afectar el activo, a través de la incorporación en el patrimonio de nuevos derechos o incrementando el valor de los mismos, o bien el pasivo, a través de la cancelación del mismo sin fundamento jurídico alguno que lo justifique. Respecto de la segunda forma de enriquecimiento, se tiene que ésta se produce cuando en circunstancias normales se hubiera tenido que efectuar un desembolso, pero finalmente éste no se realiza (...)”.<sup>138</sup>

En concreto, el enriquecimiento puede ser entendido de dos formas: a) Enriquecimiento positivo y b) Enriquecimiento negativo. Así, L. Moisset De Espanés citando a A. Von

---

<sup>136</sup> J. ARIAS FONSECA, “*El Enriquecimiento Sin Causa y la Acción In Rem Versó en materia de responsabilidad estatal por realización de Obras, prestación de Servicios y Suministro de Bienes sin Contrato Estatal*”, cit. p. 145.

<sup>137</sup> C. LASARTE, “*Principios de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*”, Tomo 2, 4ª Edición, Editorial Trivium, Madrid 1996, p. 321, citado por M. J. LÓPEZ MESA, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)*”, cit. p. 379, nota 75.

<sup>138</sup> A. VON TUHR, “*Tratado de las obligaciones*”, Traducido del alemán, Editorial Reus, Madrid 1934, Nº 51, Tomo 1, p. 300, citado por M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Arbitraje de Contratación Pública*”, cit., p. 22, nota 18.

Thur, señala que el enriquecimiento puede ocurrir de dos modos: a) como un aumento del patrimonio lucro emergente, ya sea aumentando el activo o disminuyendo el pasivo; b) como la no disminución del patrimonio, daño cesante conocido como ahorro de gastos<sup>139</sup>.

De igual forma, G. de los Ríos Wools señala que el requisito del incremento patrimonial es esencial, y que este incremento puede presentarse en dos situaciones: (i) cuando se obtiene un lucro o ganancia efectiva; o, (ii) cuando se obtiene un ahorro evitando un gasto o una deuda.<sup>140</sup>

En esa línea, L. Moisset De Espanés señala que “El enriquecimiento positivo puede ser denominado lucro emergente, porque es la utilidad, beneficio o ganancia que obtiene un patrimonio a costa de otro. Se trata de un lucro, porque se produce un acrecentamiento del patrimonio, y este enriquecimiento positivo, a su vez, puede presentar dos aspectos: aumento del activo patrimonial, o disminución del pasivo. Recordaremos que el patrimonio se compone de activo y pasivo; existirá enriquecimiento tanto si se produce un aumento sin causa legítima del activo, como si hay una disminución sin causa legítima del pasivo (...)”.<sup>141</sup>

Del mismo modo, M. Castillo Freyre y G. Molina Agui citando a J. Fábrega, que reconoce dentro de este tipo de enriquecimiento positivo a la adquisición de un derecho, de un bien o de un provecho, además, comprende dentro del enriquecimiento positivo el supuesto en el cual el pasivo del enriquecido disminuye sin causa jurídica. En esa línea, M. Castillo Freyre y G. Molina Agui, consideran que este último supuesto puede ser visto desde el enriquecimiento negativo como un ahorro por parte del enriquecido, pues finalmente el beneficio ha sido generado por la no afectación del patrimonio.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> A. VON TUHR, “*Tratado de las obligaciones*”, Traducido del alemán, Editorial Reus, Madrid 1934, N° 51, Tomo 1, p. 300, citado por L. MOISSET DE ESPANES, “*Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa*”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1979, N° 10, p. 3, nota 17.

<sup>140</sup> G. DE LOS RÍOS WOLLS, “El enriquecimiento sin causa”, en el Libro Homenaje a F. OSTERLING PARODI, *Palestra Editores*, Lima 2008, Volumen N° 1, p.p. 544-545.

<sup>141</sup> L. MOISSET DE ESPANES, “*Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa*”, cit. p. 9.

<sup>142</sup> J. FÁBREGA PONCE, “*El enriquecimiento sin causa*”, Editora La Estrella, Panamá, p. 54, citado por M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “*Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa*”, cit., p. 17, nota 37.

En segundo lugar, tenemos al enriquecimiento negativo, el mismo que es definido por L. Moisset De Espanés, como “la no disminución del patrimonio, en los casos que debía disminuir”<sup>143</sup>, por ello lo denomina daño cesante. Asimismo, refiere que algunos lo denominan también enriquecimiento por ahorro, o economía de gastos, porque el enriquecido se beneficia evitándose la salida de valores que tenían que egresar de su patrocinio, de manera tal que se economiza gastos”.<sup>144</sup>

Así, M. Castillo Freyre y G. Molina Agui señalan que el enriquecimiento negativo evita la disminución de un patrimonio. En esa línea, citan a A. Oramas Gross que refiere que cuando se evita un gasto, su equivalente es un ingreso.<sup>145</sup> Dicho esto, concluye que: “(...) efectivamente, cuando nos referimos al enriquecimiento negativo estaremos siempre viendo una disminución del pasivo, lo que a la larga termina siendo un aumento del patrimonio neto (...)”<sup>146</sup>.

Para efectos del desarrollo de la presente investigación, nos enfocaremos en el Enriquecimiento Negativo, que se refleja en los casos en los que el Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin contar con autorización respectiva, por lo que la Entidad Pública opta por no pagar por dicho Adicional ejecutado, originando su enriquecimiento, al no disminuir sus activos.

## **b) Empobrecimiento**

M. Castillo Freyre y G. Molina Agui cita a J. Fábrega Ponce, el mismo que indica que “(...) la presencia del empobrecimiento es necesaria, pues éste es el fundamento de la acción y el objeto de la institución”.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Ibídem, p. 10.

<sup>144</sup> Ibídem, p. 10.

<sup>145</sup> A. ORAMAS GROSS, “*El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*”, Editorial Nomos, Colombia, 1988, p. 76, citado por M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “*Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa*”, cit., p. 18, nota 38.

<sup>146</sup> M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “*Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa*”, cit., p.p. 18-19.

<sup>147</sup> J. FÁBREGA PONCE, “*El enriquecimiento sin causa*”, Editora La Estrella, Panamá, p.p. 57-59, citado por M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “*Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa*”, cit., p. 22, nota 44.

Así en palabras de M. Castillo Freyre y R. Sabroso Minaya, “Los dos primeros requisitos del enriquecimiento sin causa son fundamentales, ya que en la mayoría de procesos cuando se pretende una indemnización por enriquecimiento sin causa se llega a probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante”.<sup>148</sup> En ese sentido, es claro que la esencia de la figura del Enriquecimiento Sin Causa está basada en la existencia del Enriquecimiento y el Empobrecimiento.

Ahora bien, L. Díez-Picazo citado por M. J. López Mesa, refiere que “Bien se ha dicho que el empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable. Puede consistir en la salida de un valor del patrimonio del demandante. Por ejemplo: cosas entregadas o suministradas, cuyo precio no se ha recibido. Puede consistir igualmente en la prestación de un servicio o en la realización de un trabajo, por el cual no se ha recibido retribución (...)”<sup>149</sup>

Ahora bien, en palabras de A. Oramas Gross, citado por M. Castillo Freyre y G. Molina Agui, el empobrecimiento puede producirse de dos maneras: La primera que consiste en la pérdida de un bien, valor o derecho, pues tal como señala la pérdida puede ocurrir ya sea por el desplazamiento del objeto del patrimonio empobrecido al del enriquecido, o por incorporación al patrimonio de un tercero en pago de una obligación del enriquecido para con el tercero o por la destrucción de un bien del empobrecido para la conservación de una cosa o el aumento del patrimonio del enriquecido. Y en segundo lugar, la pérdida de valor del patrimonio a través de la adquisición de una situación jurídica subjetiva de desventaja, la misma que consiste en el no aumento en el patrimonio, cuando jurídicamente era procedente un ingreso o un incremento en el patrimonio.<sup>150</sup> En cuanto a este último supuesto, M. Castillo Freyre y G. Molina Agui discrepan de esta afirmación, en tanto que este caso podría tratarse de un lucro cesante.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “El Enriquecimiento Sin Causa en el Arbitraje de Contratación Pública”, cit., p. 258.

<sup>149</sup> L. DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, vol. 1º, Ed. Cívitas, Madrid 1996, p. 102, citado por M. J. LÓPEZ MESA, “El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)”, cit. p. 380, nota 79.

<sup>150</sup> A. ORAMAS GROSS, “El enriquecimiento sin cusa como fuente de obligaciones”. Editorial Nomos, Colombia 1988, p. 79, citado por M. CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa”, cit., p. 23, nota 45.

<sup>151</sup> . CASTILLO FREYRE y G. MOLINA AGUI, “Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa”, cit., p. 23.

Dicho esto, a juicio personal, apoyamos la postura de M. Castillo Freyre y G. Molina Agui, toda vez que es evidente que una de las características principales del Enriquecimiento Sin Causa es la Subsidiaridad, es decir que la Acción del Enriquecimiento Sin Causa, sea la última medida que sea tomada para la restitución de la pérdida. Sin embargo, en el supuesto de desventaja por el no aumento en el patrimonio, cuando jurídicamente era procedente un ingreso, observamos que podría más considerarse, como bien señalan los referidos autores, un lucro cesante, figura que está dentro del ámbito de la Acción de Indemnización, que en primera instancia podría considerarse como la medida más adecuada para su aplicación.

Para H. López Zaldívar: “El empobrecimiento es la situación gravosa en el patrimonio de un sujeto y que guarda relación directa con el enriquecimiento”.<sup>152</sup>

Según L. Moisset De Espanés, del mismo modo que en el enriquecimiento, se tienen dos formas de empobrecimiento: Por un lado, a) Pérdida de un bien, que para el citado autor es una “(...) forma de empobrecimiento que se presentará cuando una cosa que estaba en el patrimonio del sujeto sale de él, o se destruye, o cuando se pierden derechos. En estos casos un bien se desplaza, sale del patrimonio del empobrecido y pasa al patrimonio del enriquecido, sin que exista causa que justifique ese desplazamiento (...)”<sup>153</sup>. De otro lado, b) Pérdida de una expectativa, que como bien señala el precitado autor, “(...) a veces lo que pierde el empobrecido es la expectativa de una ventaja o ganancia, es decir, la posibilidad de percibir un provecho o retribución justo por sus servicios. Aquí no hace falta, como podemos ver, que haya salido algo del patrimonio del empobrecido; simplemente ha perdido una ganancia que esperaba lograr, él tenía una expectativa segura, que en caso de cumplirse iba a incidir favorablemente en su patrimonio, y se empobrece al no recibir ese provecho o utilidad que emanaba de su trabajo (...)”<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> H. LOPEZ ZALDÍVAR, “El reconocimiento del enriquecimiento sin causa como efecto de la nulidad del contrato administrativo”, *Revista de Derecho Ius Et Ratio*, Universidad Continental, Huancayo 2013, N° 01, p. 110.

<sup>153</sup> L. MOISSET DE ESPANES, “*Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa*”, cit. p. 11.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 12.

Entonces podemos concluir señalando que el empobrecimiento es una situación jurídica y de hecho en la cual, una parte se ve perjudicada con la pérdida de un bien o posibilidad de obtener una retribución a cambio de una acción realizada por esta misma.

En el contexto del tema que nos ocupa, es decir el ámbito de los Contratos de Ejecución de Obra, tenemos que de un lado, se encuentra la Entidad Pública enriquecida negativamente y de otro lado tenemos al Contratista empobrecido por la pérdida de la expectativa. Siendo así, conforme al tema de investigación, la parte enriquecida es la Entidad Pública, y la parte empobrecida es el Contratista, en el marco de la ejecución de un Adicional de Obra, premisa que será materia de pronunciamiento más adelante.

## **2.2 Conexión entre el Enriquecimiento y el Empobrecimiento**

Este elemento es definido en palabras de H. López Zaldívar, señalando que: “Por la relación causal debe entenderse al vínculo o nexo existente entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; esto es, que el empobrecimiento sea consecuencia de la acción de enriquecimiento de un sujeto”.<sup>155</sup>

Según L. Moisset De Espanés, se debe “insistir en la necesidad de que haya entre ellos una relación, es decir, que el uno sea consecuencia del otro. Sin embargo, no es menester que esa relación sea directa, sino que también puede ser mediata (...)”.<sup>156</sup>

Ahora bien, R. Geldres Campos indica que: “Sobre el modo de entender el nexo de causalidad o correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, la doctrina tradicional se ha encargado de elaborar dos concepciones de la misma: una concepción restrictiva y una concepción amplia (...)”.<sup>157</sup>

En cuanto a la primera, R. Geldres Campos refiere lo expuesto por E. Moscati, que entiende que el nexo de causalidad se presenta cuando existe una relación directa o

---

<sup>155</sup> H. LOPEZ ZALDÍVAR, “*El reconocimiento del enriquecimiento sin causa como efecto de la nulidad del contrato administrativo*”, cit., p. 110.

<sup>156</sup> L. MOISSET DE ESPANES, “*Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa*”, cit. p. 13.

<sup>157</sup> R. GELDRES CAMPOS, “Breves apuntes sobre el enriquecimiento sin causa”, *Revista Actualidad Civil y Procesal Civil, Análisis Jurídico*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima 2016, Nº 271, p. 88.



inmediata, en el sentido de que el enriquecimiento sea una causa directa del empobrecimiento o que ambos sean consecuencia de un mismo hecho jurídico<sup>158</sup>. En ese sentido, en palabras de B. Cesare Massimo, se excluye aquellos provechos de carácter económico que se obtienen a través de terceros, es decir, de forma indirecta<sup>159</sup>. Partiendo de esta premisa, señalamos que de acuerdo a la concepción restrictiva existe un nexo directo, más no indirecto, cuando se evidencia un desplazamiento patrimonial directo de un sujeto a favor de otro sin una causa que lo justifique.

En cuanto a la segunda, R. Geldres Campos señala que según “(...) la concepción amplia, el nexo de causalidad se presenta cuando existe una relación directa o indirecta entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, considerándose, por consiguiente, dentro de su ámbito de aplicación, aquellos provechos obtenidos a favor del enriquecido realizados a través del patrimonio de terceros. En ese sentido, debe admitirse también el enriquecimiento obtenido de forma indirecta (...)”<sup>160</sup>

M. J. López Mesa cita a J. M. Lete del Río, y señala que debe existir conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, siendo que el beneficio que uno experimenta debe ser consecuencia del perjuicio que el otro sufre. Es decir, el enriquecimiento es causa del empobrecimiento y, por tanto, el primero es efecto del segundo.<sup>161</sup> Sin embargo, el problema radica en el supuesto del enriquecimiento mediato, es decir, cuando se ha producido a través del patrimonio de un tercero. En estos casos según J. M. Lete del Río “no es necesario que el enriquecimiento del demandado provenga directamente del empobrecimiento del actor, y, por tanto, del patrimonio de éste, sino que puede provenir de otro patrimonio al cual el actor había enriquecido.”<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> E. MOSCATI, “*Fonti legali e fonti private delle obbligazioni*”, Cedam, Padua 1999, p. 269, citado por R. GELDRES CAMPOS, “*Breves apuntes sobre el enriquecimiento sin causa*”, cit., p. 88, nota 29.

<sup>159</sup> B. CESARE MASSIMO, “*Diritto civile, 5, La responsabilità*”, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 111-112, citado por R. GELDRES CAMPOS, “*Breves apuntes sobre el enriquecimiento sin causa*”, cit., p. 88, nota 30.

<sup>160</sup> R. GELDRES CAMPOS, “*Breves apuntes sobre el enriquecimiento sin causa*”, cit., p. 89.

<sup>161</sup> J. M. LETE DEL RÍO, “*Derecho de Obligaciones*”, cit., p. 176, citado por M. J. LÓPEZ MESA, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)*”, cit. p. 380, nota 81.

<sup>162</sup> J. M. LETE DEL RÍO, “*Derecho de Obligaciones*”, cit., p. 177, citado por M. J. LÓPEZ MESA, “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)*”, cit. p. 381, nota 85.

En esa línea A. Colmo indicó que en los supuestos en los que juegue un tercero intermediario en el enriquecimiento, la acción del empobrecido es ante todo contra el tercero, y sólo en defecto de ella, puede derivar contra el beneficiario, que es ajeno a toda relación originaria con aquél.<sup>163</sup>

Dicho esto, es evidente que para que proceda la Acción de Enriquecimiento Sin Causa, se requiere que haya un nexo de correlación o causalidad (sea este directo o indirecto) entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, puesto que solo así se justifica la restitución de un sujeto a favor de otro.

En el caso que nos ocupa, podemos citar a modo de ejemplo, la situación en la cual la Empresa X presenta una solicitud de aprobación de Expediente Técnico de Adicional de Obra, debido a que se pretende ejecutar nuevas partidas, tales como la construcción de Buzones de Agua no previstos en el Expediente Técnico original, dentro de la ejecución de una obra para instalación de redes de agua y desagüe. Sin embargo, la Entidad Y no ha dado respuesta, y verifica que resulta necesario la ejecución de dichos Buzones para culminar la obra, máxime si se trata de una obra de saneamiento, motivo por el cual decide ejecutar el Adicional de Obra, en la creencia que este será pagado en cuanto se tenga la aprobación de la Entidad. Luego de ejecutado el Adicional, la Empresa X solicita el pago respectivo y la Entidad Y señala que no puede efectuar el pago, por un Adicional ejecutado que no fue debidamente autorizado. En este caso, es evidente que hay un Enriquecimiento por parte de la Entidad Y, y como consecuencia del mismo un Empobrecimiento de la Empresa X, teniendo como un mismo hecho generador, la ejecución del Adicional de Obra sin autorización, y es justamente este hecho el que se determina como nexo causal.

### **2.3 Ausencia de causa jurídica para el enriquecimiento y empobrecimiento.**

Tal como se refleja de la propia denominación de esta figura: el Enriquecimiento debe ser efectuado sin causa alguna que lo justifique.

---

<sup>163</sup> A. COLMO, “*De las Obligaciones en general*”, Editorial Kraft, Buenos Aires 1944, 3º Edición, p. 476.

En esa línea, sobre la falta de causa lícita, J. R. Peralta Andía y N. Peralta Zecenarro, señalan que cuando se habla de causa, se alude al título, al acto o al hecho jurídico que justifique la adquisición de un valor patrimonial, constituyendo títulos, por ejemplo, un contrato, la gestión de negocios, los hechos lícitos, etc.<sup>164</sup>

Para H. López Zaldivar, “La ausencia de causa es entendida como la falta de algún vínculo obligacional o legal que permite el desbalance patrimonial entre los sujetos intervinientes; esto es, que haga legal tal situación. Ejm. La donación”.<sup>165</sup>

Entonces, para que la figura del Enriquecimiento Sin Causa se configure es menester que no haya una razón que justifique el eventual provecho, es decir que no medie una relación ya constituida que sea la causa que legitime el beneficio del enriquecido.

E. Gutiérrez y González, citado por M. J. López Mesa, indica que “El vocablo motivo o causa significa aquí la razón que ante la ley, explique el empobrecimiento económico y el enriquecimiento económico; en consecuencia, la ausencia de causa, implica que no haya un motivo lícito o ilícito, pero que haya un motivo que explique el acrecentamiento y la disminución pecuniaria de los patrimonios, y que después él que se enriquece, deba de indemnizar al que se empobreció”.<sup>166</sup>

A Di Majo citado por R. Geldres Campos, refiere que “La circulación de bienes y servicios importa la existencia de un título jurídico que justifique el intercambio de los mismos, de modo que ante la ausencia del título, nos encontraríamos ante un supuesto de enriquecimiento de un sujeto (...)”.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> J. R. PERALTA ANDÍA y N. PERALTA ZECENARRO, “Fuente de las Obligaciones en el Código Civil”, Idemsa, Lima 2005, p. 741, citado en Tesis “Análisis del Enriquecimiento Sin Causa en las Contrataciones del Estado” (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2013, p. 10.

<sup>165</sup> H. LOPEZ ZALDÍVAR, “El reconocimiento del enriquecimiento sin causa como efecto de la nulidad del contrato administrativo”, cit., p. 110.

<sup>166</sup> E. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, “Derecho de las obligaciones”, 16ª Edición, actualizada por R. S. CONTRERAS LÓPEZ, Editorial Porrúa, México 2007, p.p. 476-477, citado por citado por M. J. LÓPEZ MESA, “El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)”, cit. p. 382, nota 92.

<sup>167</sup> A. DI MAJO, “La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi”, Giappichelli, Torino, 2002, p. 358, citado por R. GELDRES CAMPOS, “Breves apuntes sobre el enriquecimiento sin causa”, cit., p. 91, nota 36.

Dicho esto, podemos señalar que para configurar el Enriquecimiento Sin Causa no debe haber una causa que justifique el enriquecimiento, ya que en el caso de que el enriquecimiento se funde en una causa, se deberá aplicar aquellas medidas previstas en el ordenamiento jurídico para su restitución. Es decir, en el caso que nos ocupa, si la Empresa Contratista ejecuta un adicional sin contar con la autorización previa,<sup>168</sup> no tendría un vínculo o título que lo haya habilitado para ejecutar dicha prestación, sin embargo la ejecuta y constituye un enriquecimiento para la Entidad.

## **2.4 Buena Fe del Proveedor**

En el contexto de las contrataciones con el Estado debemos señalar que la buena fe es una de las primeras relaciones mutuas que debe existir entre el Contratista y la Entidad Pública para lograr los objetivos que se proponen. Nuevamente, nos encontramos ante una figura usada con mucha frecuencia en el ámbito del derecho civil, que sin embargo es aplicada en el ámbito de los Contratos con el Estado.

En palabras de L. Díez Picazo, se tiene que “(...) la expresión buena fe utilizada en los textos legales, tiene dos significados, relacionados entre sí, no son idénticos”<sup>169</sup>. El referido autor indica que en una primera acepción, la buena fe tiene un significado de honradez subjetiva de una persona, o es decir, la creencia de que la conducta que se realiza no va contra derecho. Y de otro lado, una segunda acepción, que se refiere a un conjunto de reglas de carácter objetivo, en cuanto a la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico.

Para B. Cesare Massimo “El enriquecido de buena fe le corresponde el valor del bien perecido solo en los límites de su enriquecimiento (por ejemplo, si el enriquecido ha conseguido el resarcimiento del daño por parte de un tercero responsable del perecimiento). Si el enriquecido ha enajenado el bien de buena fe, deberá restituir el respectivo percibido, si el bien ha sido enajenado a título gratuito la acción de enriquecimiento es proponible frente al enajenado”<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Vale decir que no cuenta con autorización, debido a retrasos administrativos o etc., más no hacemos referencia a la desaprobación de la solicitud de Adicional, supuesto que tiene tratamiento distinto.

<sup>169</sup> L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, “Buena Fe e Integración de los contratos. En *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*”, IDEMSA, Lima, p.p. 69-70.

<sup>170</sup> B. CESARE MASSIMO, “Diritto civile, 5, *La responsabilità*”, cit., p. 820.

G. Cabanellas citado por R. Jiménez Vargas – Machuca, señala que “el concepto de buena fe está asociado con rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, ingenuidad, candor, inocencia, entre otros conceptos, teniendo siempre una connotación socialmente aceptable y deseable. Asimismo, señala que existen múltiples definiciones de buena fe y que están orientadas a su aspecto ético, moral, socialmente deseable; y que por ello, como principio general del derecho constituye una vía de comunicación del derecho con la moral y con la ética, lo cual supone la canalización del derecho hacia sus metas más puras”.<sup>171</sup>

Dicho esto, debemos entender a la Buena fe, como un Principio general que rige todas las relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos de derecho, constituyendo uno de los pilares fundamentales de las mismas. Siendo así, en este apartado sólo hemos esbozado algunos conceptos de la Buena Fe, toda vez que será tratado de manera más profunda en el siguiente apartado.

#### **2.4.1. Definición del principio de buena fe**

Ahora bien, el Principio de Buena Fe debe entenderse como un principio general que rige las actuaciones de todos aquellos que interactúan entre sí, este principio está regulado en el Art. 1362° del Código Civil Peruano, que no sólo se refiere a la Buena Fe, sino también a la común intención de las partes en la negociación, celebración y ejecución del contrato.<sup>172</sup>

Según A. Borda Guillermo, la buena fe representa que el hombre cree y confía que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales.<sup>173</sup>

---

<sup>171</sup> G. CABANELLAS, “*Diccionario Enciclopédico de Derecho Casual*”, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1996, p. 521, citado por R. JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, “*El principio de la buena fe*”. En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Lexis Nexis, Buenos Aires 2001, p.p. 762 – 765, citado en Tesis “*Análisis del Enriquecimiento Sin Causa en las Contrataciones del Estado*” (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2013, p. 22.

<sup>172</sup> Código Civil, Art. 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

<sup>173</sup> A. BORDA GUILLERMO, “*Tratado de derecho civil, Parte General*”, Editorial Perrot, Tomo II, Buenos Aires 1996, p.p. 130-131.

El traslado de la noción de buena fe del campo del Derecho Privado al del Derecho Público no es fácil, pues no sólo se trata de tomar la doctrina iuspositivista e incorporarla a las relaciones de Derecho Público. No obstante, la idea misma de la buena fe, en cuanto noción que pertenece al pensamiento jurídico en general, tiene un significado válido para todo el Derecho, tanto público como privado, sin perjuicio de que ese significado sufra mutaciones cuando se incorpora a casos concretos. Así, pues, la buena fe tiene hoy una existencia ideal, como principio general del Derecho, y, además, una existencia conceptual concreta en cuanto concepto jurídico incorporado a normas escritas.<sup>174</sup>

Así también, Manuel de la Puente y Lavalle explica que la buena fe es entendida en forma consensual por la doctrina como “(...) un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil.”<sup>175</sup>

F. Wieacker señala que la buena fe puede presentarse en dos aspectos. El primero, como una idea escueta de buena fe, como un supuesto de hecho normativo; y en segundo lugar, como un principio general. Siendo así, en el primer aspecto, la buena fe es un estándar o modelo ideal de conducta social, la misma que se considera como perfecta y que constituye un concepto técnico-jurídico que se incluye en una multiplicidad de normas jurídicas para delimitar un supuesto de hecho. En su segundo aspecto, la buena fe como principio general engendra una norma jurídica completa, que además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho, por el cual todos los miembros de una comunidad jurídica deben sujetar su comportamiento a la buena fe en sus recíprocas relaciones, lo que implica que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones, y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las

---

<sup>174</sup> Cfr. F. SAINZ MORENO, “La Buena Fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, *Revista de Administración Pública*, Madrid 1979, N° 89, p. 294.

<sup>175</sup> M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, “*El contrato en general*”, Fondo Editorial de la PUCP, Lima 1993, volumen XI, tomo II, p. 34.

relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este último deber de comportarse conforme a la buena fe, se entiende que se extiende a los derechos y deberes<sup>176</sup>.

A opinión propia, la Buena Fe debe ser concebida como un Principio General, puesto que en cualquier tipo de relación jurídica o meramente social, las partes deben procurar que su actuar sea de Buena Fe, por lo que resulta una premisa a seguir de manera general, indistintamente de estar o no dentro de una relación que produzca efectos jurídicos, sino que debe concebirse como una regla natural intrínseca a cada individuo dentro de una población.

Ahora bien, habiéndose definido a la Buena Fe, es menester hacer la precisión que la doctrina ha efectuado una distinción entre dos tipos de Buena Fe, por un lado la Subjetiva, y por otro la Objetiva. En esa línea, según L. Díez-Picazo, citado por A. Solarte Rodríguez, señala en cuanto a la Buena Fe Subjetiva, que a su vez tiene dos concepciones; la concepción psicológica, entendida como la creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán excusables si el sujeto al haber actuado con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad. De otro lado, en relación con la Buena Fe Objetiva, señala que por una parte se refiere a un concepto técnico-jurídico que abarca la conducta o el comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen, siendo el concepto que el derecho utiliza en temas diversos como parte del supuesto de hecho de algunas normas jurídicas; por otra, es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico.<sup>177</sup>

Similar postura manifiesta J. López Santa María, cuando refiere que la Buena Fe Subjetiva, apunta al sujeto, a la intención o creencia con que obra éste, es decir el sujeto tiene la convicción psicológica o interna de encontrarse en una situación jurídica regular, aunque

---

<sup>176</sup> Cfr. F. WIEACKER, “*El principio general de la buena fe*”, Editorial Civitas S.A, Madrid 1982, p.p. 11-13

<sup>177</sup> Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, prólogo a la obra “*El principio general de la buena fe*” de F. WIEACKER, Editorial Civitas S.A., Madrid 1977, p.p. 11- 15, citado por A. SOLARTE RODRÍGUEZ, “*La Buena Fe Contractual y los Deberes secundarios de conducta*”, Vniversitas, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Volumen 53, N° 108, Colombia 2004, p.p. 287-288, notas 11 y 12.

en realidad no sea así, pese a encontrar en error. Y en cuanto a la Buena Fe Objetiva, señala que ésta debe entenderse prescindiendo de las creencias, persuasiones o intenciones psicológicas de los contratantes.<sup>178</sup> En esa línea, no debemos entender que dicha objetividad será exagerada, atendiéndose las circunstancias del caso concreto, a fin de buscarse un justo equilibrio de los intereses de las partes.<sup>179</sup>

Para G. Uda citado por J. Espinoza Espinoza, la Buena Fe Objetiva y Subjetivas no constituyen dos subespecies de una misma categoría jurídica, sino dos conceptos, que tienen un ámbito de aplicación diferente y responden a modelos operativos diversos”<sup>180</sup> En síntesis, se tiene que la Buena fe Subjetiva radica en que el sujeto actúe creyendo que sus acciones son correctas, mientras que la Objetiva rige el actuar de las partes dentro de los parámetros que rigen las distintas relaciones jurídicas.

Dicho esto, nótese que en el ámbito de las contrataciones estatales, sobre todo las de Ejecución de Obra Pública (tema de la presente investigación), la importancia de la aplicación de la Buena Fe es evidente, puesto que la finalidad que se persigue con la celebración del Contrato entre Entidad Pública y Empresa Contratista, es de carácter público. Partiendo de esta premisa, señalamos que hay muchos casos en los que la Empresa Contratista deberá valorar cada situación concreta dentro de la fase de ejecución contractual, no dejando de lado su actuar de buena fe, a fin de buscar la mejor manera de cumplir con el objeto del Contrato, y consecuente satisfacción de intereses colectivos, por encima de las formalidades a las que se encuentran sujetos los diversos procedimientos dentro de la referida fase.

Para el caso que nos ocupa, debemos recordar la situación propuesta en el primer apartado de este capítulo, “Si el Contratista ejecuta un Adicional de Obra, sin cumplir con el procedimiento regular y consecuente autorización por parte de la Entidad, ésta última no

---

<sup>178</sup> J. LOPEZ SANTA MARIA. “*Los Contratos (parte general)*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1986, p.p. 289-292.

<sup>179</sup> J. SANTOS BRIZ, “Tendencias modernas en el Derecho de Obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo 44, Madrid 1960, p. 569.

<sup>180</sup> G. María UDA, “*La buona fede nell’esecuzione del contratto*”, Giappichelli, Torino 2004, p.3, citado por J. ESPINOZA ESPINOZA, “*El Principio de a Buena Fe*”, p. 4, nota 17, extraído de: [http://www.academia.edu/8031826/EL\\_PRINCIPIO\\_DE\\_LA\\_BUENA\\_FE\\_JUAN\\_ESPINOZA\\_ESPINOZA](http://www.academia.edu/8031826/EL_PRINCIPIO_DE_LA_BUENA_FE_JUAN_ESPINOZA_ESPINOZA).



debería pagar al Contratista por su ejecución”. Así, también debemos recordar las interrogantes planteadas “¿Qué sucede con aquel Adicional ejecutado que sirvió para cumplir de manera eficiente el objeto del Contrato y consecuentemente la Finalidad Pública?, ¿Estamos frente a un Desequilibrio Económico Financiero del Contrato de Obra?, ¿Debe prevalecer la formalidad, sobre el Interés Público y consecuentemente la Finalidad Pública?, y por último ¿Estamos ante un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa por parte de la Entidad en perjuicio del Contratista?”. Habiendo recordado la situación propuesta, entonces debemos recordar que en estos casos, es forzoso reflexionar en torno a la situación en la que la Entidad Pública se beneficia de la ejecución del Adicional de Obra, sin efectuar el pago respectivo, debido a que el Contratista no tuvo regularidad en su tramitación de la autorización, y aun así lo ejecuta por ser de necesidad urgente para cumplir las metas del Proyecto, y continuar o culminar su ejecución. Una vez más, creemos que efectivamente estamos frente a un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa, pues se cumplen los requisitos señalados por el OSCE: Enriquecimiento, empobrecimiento, relación de conexión entre ambos, ausencia de causa justa y actuación de Buena Fe.<sup>181</sup> Por lo que, corresponde que la Entidad Pública restablezca el Equilibrio Económico Financiera del Contrato a través de la Compensación del Adicional ejecutado, en virtud del Principio de Buena Fe.

#### **2.4.2. Características de la Buena Fe**

Tal como se ha descrito, conforme a la doctrina en su mayoría, la Buena Fe puede ser Subjetiva o puede ser Objetiva, bajo ese supuesto cada una de estas vertientes tiene sus propias características.

Para M. De la Puente y Lavalle, las características de la Buena Fe Subjetiva son siete: “1. Es una creencia personal del sujeto respecto de que su conducta, su actuación, es conforme a Derecho (...), 2. Esta creencia, si bien es subjetiva, no es candorosa sino razonada, puesto que el agente ha apreciado los elementos de juicio que se encontraban a su

---

<sup>181</sup> Si bien es cierto ni la Ley de Contrataciones, ni su Reglamento, ni el OSCE se han pronunciado respecto al tipo de Buena Fe (Subjetiva y Objetiva) que resulta aplicable para efectos de la acción de Enriquecimiento Sin Causa, creemos que el requisito de Buena Fe, está más orientado a la Buena Fe Subjetiva, pues el Contratista actúa en la creencia de que está ejecutando el Adicional de Obra de manera correcta para cumplir con los fines del proyecto, pese a que no está cumpliendo con el trámite correspondiente para dicho fin.

disposición, 3. La apreciación del sujeto agente es fruto de su diligencia (...), 4. En este proceso de formación de la creencia, el sujeto no ha actuado con dolo o culpa, 5. La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona, 6. Esta creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, es decir, hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar, 7. El Derecho otorga un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.”<sup>182</sup>

El referido autor, también realiza una caracterización respecto de la Buena Fe Objetiva, resumiéndolas en seis: “1. Es un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético, 2. Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios, 3. Utilizando un criterio objetivo, se aprecia la conducta prescindiendo del punto de vista subjetivo de las partes, 4. Esta objetividad, empero, no implica que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. La buena fe objetiva no sirve de escudo a quien actúa con dolo o culpa, 5. El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, que es un prototipo de conducta social media, 6. El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto”.<sup>183</sup>

Ahora bien, para autores como A. Hernández Gil tiene una concepción unitaria de la Buena Fe, señalando algunos aspectos que bien podrían ser considerados como características: “1. No es divisible el concepto de la buena fe, que es ético-social y general-concreto, 2. La buena fe cumple siempre una función normativa conformadora de la conducta, 3. No es admisible la dualidad buena fe objetiva/buena fe subjetiva, ya que rompe la unidad de significación, 4. Sólo cabe utilizar como fórmulas clasificatorias aquellas que, partiendo de esa unidad de significación, ponderen los diversos cometidos o subfunciones que el Código civil atribuye a la buena fe, 5. Con este solo alcance, el análisis detallado de los numerosos preceptos del Código civil que sirven de la buena fe permitiría elaborar una tipología muy cualificada, 6. Una fórmula clasificatoria muy simple es la que distingue estos dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del

---

<sup>182</sup> M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, “*El contrato en general*”, Fondo Editorial de la PUCP, volumen XI, Tomo II, Lima 1993, p. 30.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p.p. 33-34.

cumplimiento de los deberes; y la buena fe como presupuesto de la atribución de derechos que, sin su concurso, quedan excluidos. En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica dentro de la cual la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la propia buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón de ella se produce un efecto jurídico.”<sup>184</sup>

Debemos considerar las dos concepciones de la Buena Fe, por un lado la doctrina mayoritaria que señala que debe considerarse dos tipos de Buena Fe, Subjetiva y Objetiva; y de otro lado, tenemos la concepción unitaria de la Buena Fe. Partiendo de estas concepciones, se evidencia una característica importante en cuanto a la Buena Fe, esto es su carácter general y su fuerza vinculante en todas aquellas relaciones sociales, contractuales, etc., que sean origen de la interacción entre los miembros de una sociedad.

#### **2.4.3. La buena fe en la doctrina y legislación comparada**

En Latinoamérica se ha afirmado que los aspectos más significativos de la buena fe se encuentran en el negocio jurídico, esencialmente en el contractual, donde tiene mayor importancia, tal como señala N. Nicolau: “(...) es un elemento de la estructura misma de la noción de contrato, aunque por lo común aparezca cumpliendo sólo una función interpretativa.”<sup>185</sup>

Por un lado, tenemos a la Legislación Colombiana, que regula la Buena Fe en el Art. 1603<sup>186</sup> de su Código Civil vigente, refiriendo que la ejecución de contratos debe ser de buena fe. En ese sentido, se evidenció que la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, es

---

<sup>184</sup> A. HERNANDEZ GIL, “*Conceptos Jurídicos Fundamentales*”, Editorial Espasa Calpe S.A., Tomo I, Madrid 1987, p. 566.

<sup>185</sup> Cfr., N. L. NICOLAU, “*El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato*”, en “*Tratado de la buena fe en el derecho*”, La Ley, Córdoba, Buenos Aires 2004, Tomo I, p. 323.

<sup>186</sup> Código Civil Colombiano, “Art. 1603°.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

consecuencia directa del principio de buena fe.<sup>187</sup> Señala así, M. L. Neme Villareal que: “La buena fe debe estar presente en todo el iter contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contratual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada intensidad, durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio sub examine (...).”<sup>188</sup>

Ahora, en la Legislación Española tenemos que según el Art. 1258<sup>o189</sup> de su Código Civil, a la Buena Fe hay que considerarla como un deber de comportamiento que con carácter general impregna cualquiera fase de la vida del Contrato.<sup>190</sup> En ese sentido, consideramos que en esta Legislación la Buena Fe es un principio general del derecho que informa todos los deberes y obligaciones de los sujetos de derecho en las relaciones jurídicas.

La Legislación Argentina considera a la Buena Fe en palabras de J. Esser, como “una auténtica virtualidad jurigenética de la buena fe, es decir de la fuerza creadora (o valor normativo) que se le atribuye en tanto constituye una fuente de derechos y deberes con prescindencia de la disciplina fijada convencionalmente por las partes, sirviendo en un sentido funcional para formar normas en ausencia de reglas específicas.”<sup>191</sup> Siendo así, la buena fe en la Legislación Argentina se considera como una fuente de creación de deberes

---

<sup>187</sup> M.L. NEME VILLAREAL, “*El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*”, Revista de Derecho Privado, N° 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia 2006, pp. 79-125.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p.p. 85-86.

<sup>189</sup> Código Civil Español, Art. 1258°.- “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

<sup>190</sup> J. ROCA GUILLAMÓN, “Comentario al Art. 1258 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, Tomo XVII, Volumen 1 - A, Madrid 1993, p. 462.

<sup>191</sup> J. ESSER, “*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*”, Barcelona, Bosch 1961, p. 123.

de conducta y que sirven para mejorar el efectivo cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato, conforme al Art. 1198° del Código Civil Argentino.<sup>192</sup>

Señala A. Guzmán Brito que en materia de Buena Fe Objetiva, el Código Civil de Chile contiene un precepto de valor general en su Art. 1546°<sup>193</sup>, uniendo los Arts. 1134°, inc. 3 y 1135° del Código Francés, pues el Art. 1134° inc. 3 efectúa una separación de la ejecución de Buena Fe de las convenciones, y el Art. 1135° referido al círculo de obligaciones más allá de lo que las partes imponen, más no son consecuencia de la Buena Fe. En la Legislación Chilena, en cambio se considera que el círculo de obligaciones de un contrato mayor al de las manifestadas en él, es consecuencia de la Buena Fe con que deben ejecutarse.<sup>194</sup>

Según J. Adame Goddard, “En el derecho de los Estados Unidos también se recoge este deber de comportarse según la buena fe. En el Restatement on contracts, se dice que el contrato impone a cada parte el deber de guardar la buena fe y lealtad durante las negociaciones, en la celebración del contrato y en su ejecución (...). Conforme a esta concepción del principio de buena fe como regla de conducta ética, objetiva, cuando un juez tiene que decidir si en un determinado caso se ha observado o no la buena fe, tiene naturalmente que remitirse a reglas éticas, a modelos o estándares de conducta, a costumbres y a usos locales. Se llega así a la idea de que el principio de buena fe simplemente equivale a un reenvío que se hace al juez para que considere las reglas éticas y las costumbres vigentes en un momento y lugar determinados o, en otras palabras, para que juzgue conforme a la conciencia social del momento”.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Código Civil Argentino, Art.1198°.- “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.”

<sup>193</sup> Código Civil de Chile, Art. 1546°.- “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

<sup>194</sup> Cfr. A. GUZMAN BRITO, “La buena fe en el Código Civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile 2002, Volúmen 29, N° 1, p.p. 12-13.

<sup>195</sup> J. ADAME GODDARD, “El Principio de la Buena Fe en el Derecho Romano y en los Contratos Internacionales y su posible aplicación a los Contratos de deuda externa”, cit. Extraído de “[www.robertexto.com](http://www.robertexto.com)”.

En síntesis, tenemos que en la Legislación comparada, la Buena Fe es considerada como un Principio General, cumpliendo una función ordenadora, informativa, interpretativa e integradora dentro del ámbito contractual durante la negociación, celebración y ejecución del Contrato, y en algunos casos considera que la Buena Fe es aplicada en aquellos casos no previstos en sus respectivas legislaciones.

### **3. Buena fe en la contratación pública**

Debemos iniciar por señalar que la Buena Fe tiene una gran importancia en el ámbito de los Contratos, sean estos Civiles o Administrativos, en tanto que al momento de contratar con otra parte, cada una de estas si bien es cierto buscan la satisfacción de su interés, éste en primera instancia está supeditado a la plena confianza que ambas partes deben tener respecto de su actuación, máxime si nos encontramos frente a un contrato con prestación recíprocas.

De esta manera, podemos señalar que la Buena Fe en la contratación pública debe entenderse como un principio fundamental, máxime si tenemos en cuenta el rol del Estado frente a la población, que a simple vista deberá basarse en la plena confianza de que la Contratación a efectuarse cumplirá con los parámetros y fines públicos. En resumen, es un deber de las Entidades Públicas, así como del Contratista que su actuación se ajuste a los parámetros de la honradez y rectitud, es decir que su actuar sea regido por la Buena Fe, de manera tal que ambas partes puedan asegurar el Equilibrio en el contrato que celebran, a fin de que puedan satisfacer su interés, máxime si se trata de recursos propios del Estado, los mismos que deben ser utilizados de manera óptima.

#### **3.1 Evolución de la buena fe en el ámbito de las contrataciones**

La Buena Fe tiene su origen en el Derecho Romano, debido a que le concedieron una extraordinaria importancia, que revestida incluso de contenido religioso, trascendía los cultos ciudadanos y los usos sociales.

Según J. Adame Goddard, “El análisis de este principio en la historia del Derecho Romano debe distinguir dos etapas en las que tiene significados diferentes, la etapa clásica y la postclásica. En la primera, la buena fe se predica principalmente de las acciones o juicios, y sirve para distinguir entre las acciones o juicios de buena fe de aquellos otros llamados de derecho estricto, de suerte que la buena fe es fundamentalmente una cualidad que tienen ciertos juicios y que comporta un determinado modo o método de juicio. En la segunda, la buena fe se predica como una cualidad de los contratos o bien se sustantiviza, convirtiéndose en un principio jurídico del cual derivan reglas o prescripciones de carácter imperativo; el principio de buena fe comienza a entenderse en esta etapa posclásica como un principio rector de la conducta. Son dos concepciones diferentes del mismo principio de buena fe (una lo entiende como método de juicio, la otra como regla de conducta), no necesariamente opuestas o contradictorias, si bien cada una tiene su propio contenido y sus peculiares consecuencias.”<sup>196</sup>

La Buena Fe o la llamada bona fides aparecen en la fórmula de algunas acciones. Las acciones de buena fe que se conocen en el Edicto del pretor eran éstas: la acción del antiguo negocio de fiducia, las acciones de los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento), la del depósito, la acción de gestión de negocio ajeno y las acciones de tutela y la de dote.<sup>197</sup>

La Buena Fe a que se refieren las fórmulas de las acciones contractuales no es la causa de la que deriva la obligación contractual, no es el principio ético del cual derivan las obligaciones contractuales. Debemos entender a la Buena Fe se toma como un criterio de decisión judicial y por eso, en el Derecho Clásico, la Buena Fe califica las acciones y no las obligaciones.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> J. ADAME GODDARD, “El Principio de la Buena Fe en el Derecho Romano y en los Contratos Internacionales y su posible aplicación a los Contratos de deuda externa”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, extraído de: [www.robertexto.com](http://www.robertexto.com).

<sup>197</sup> *Ibidem*, extraído de: [www.robertexto.com](http://www.robertexto.com).

<sup>198</sup> A. CARCATERRA, “In torno ai bonae fidei iudicia”, Napoli 1964, p.p. 36-40, citado por J. ADAME GODDARD, “El Principio de la Buena Fe en el Derecho Romano y en los Contratos Internacionales y su posible aplicación a los Contratos de deuda externa”, cit., nota 4.

Siendo así, es evidente que en esta etapa el juez gozaba de mayor libertad para juzgar el caso concreto, sin que se llegue al límite de la potestad discrecional. En esta etapa debemos entender que la compensación no es un derecho exigible por provenir de una facultad discrecional que el juez pueda ejercer o no, sino que es una consecuencia que deriva de la propia naturaleza bilateral de las relaciones contractuales que son objeto de los juicios valorativos de buena fe.

Para J. Adame Goddard, se pueden presentar al fin de esta evolución que la buena fe como criterio de juicio contiene los siguientes aspectos concretos derivados del contrato mismo, tales como: “a) La diligencia en el cumplimiento, cuando no se obra con la debida diligencia, es decir, se requiere mayor exigencia en la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones (...), b) La sanción del dolo, esto significa que las partes deben excluir el dolo o engaño entre ellas, tanto en la celebración del contrato, como en su ejecución y cumplimiento (...), c) La interpretación de lo realmente querido por las partes, extraído de la propia naturaleza consensual y bilateral de las relaciones contractuales (...), y d) Criterios derivados de la bilateralidad de la obligación, es decir que la bilateralidad de las relaciones contractuales, la causa y medida de la obligación de una parte es precisamente la obligación de la otra, por lo que el equilibrio o proporción entre las prestaciones es algo que naturalmente el juez debe considerar.”<sup>199</sup>

A. Carcaterra citado por J. Adame Goddard, indica que “con Justiniano, la Buena Fe deja de contemplarse como un modo de juzgar en determinadas acciones y relaciones bilaterales y se convierte en un principio que rige la conducta, que aunque se le asemeja a la misericordia, la benignidad, la caridad y se le opone a la malignidad, la avaricia, no se confundió plenamente con un principio ético.”<sup>200</sup> Según J. Adame Goddard, otro de los cambios es la sustitución de la expresión juicio o acciones de Buena Fe, por la de Contratos de Buena Fe, por lo que ya se consideraba que la Buena Fe es un Principio que

---

<sup>199</sup> Ibídem, extraído del [http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe\\_derrom.htm](http://www.robertexto.com/archivo10/buenafe_derrom.htm).

<sup>200</sup> A. CARCATERRA, “*In torno ai bonae fidei iudicia*”, Napoli 1964, p. 190, citado por J. ADAME GODDARD, “*El Principio de la Buena Fe en el Derecho Romano y en los Contratos Internacionales y su posible aplicación a los Contratos de deuda externa*”, cit., nota 10.



rige los contratos y acción contractual como consecuencia de la ruptura de la buena fe.<sup>201</sup> Es decir, que la Buena Fe ya se consideraba como una conducta rectora de las partes de una relación contractual, desde su negociación hasta la culminación de su ejecución.

Hoy por hoy, la Buena Fe es considerada como un parámetro de correcto actuar, reconociéndose entre la Buena Fe Subjetiva y Buena Fe Objetiva, la primera aplicada como principio general y la segunda como parámetro dentro de las relaciones jurídicas contractuales.

### **3.2 La ausencia de buena fe en las contrataciones públicas**

En cuanto a la importancia de la buena fe en el derecho administrativo, el autor J. Gonzales Pérez menciona que la aplicación de dicho principio permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que persigue<sup>202</sup>

Como bien sabemos, la Buena Fe tiene vital importancia en el ámbito contractual en general. Sin embargo, es menester precisar que la presente investigación está orientada al ámbito de las contrataciones públicas, es decir aquellas que involucran la celebración de contratos por parte de una Entidad Estatal, empero para ser más específicos aun, debemos señalar que nos estamos avocando a los Contratos de Ejecución de Obra, pues resultan siendo una de las figuras más polémicas dentro de la actuación de las Entidades Públicas, toda vez que se involucran intereses públicos.

En los Contratos de Ejecución de Obras tenemos de un lado los intereses de la Empresa consistentes en la obtención de un beneficio económico a cambio de ejecutar la obra requerida por la Entidad Estatal; y de otro lado, tenemos los intereses de ésta última, que se ven materializados en la satisfacción de las necesidades públicas de la población, y consecuentemente el cumplimiento de sus fines públicos. Siendo así, es menester que

---

<sup>201</sup> J. ADAME GODDARD, *“El Principio de la Buena Fe en el Derecho Romano y en los Contratos Internacionales y su posible aplicación a los Contratos de deuda externa”*, cit. Extraído de [“www.robertexto.com”](http://www.robertexto.com).

<sup>202</sup> J. GONZÁLES PEREZ, *“El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”*, Civitas, Madrid, p. 91.

ambas partes rijan sus actuaciones acorde a la Buena Fe, durante todas las fases de la contratación estatal (actos preparatorios, proceso de selección y ejecución contractual), en atención a la premisa que todos deben actuar de buena fe.

Dicho esto, nos vamos a enfocar a la fase de ejecución contractual, pues como bien sabemos, luego de perfeccionar el contrato, la Empresa empieza la ejecución de la Obra Pública acorde a lo señalado en el Expediente Técnico<sup>203</sup> debidamente aprobado por parte de la Entidad Pública. Entendemos que para poder perfeccionar el contrato, tanto Entidad Pública como Empresa Contratista actuaron correctamente, y durante la ejecución contractual deberán mantener aquella conducta para efectos de cumplir con las prestaciones a cargo de cada una de estas.

La Empresa Contratista ejecuta las prestaciones, bajo la confianza en que la Entidad Pública ha suscrito un contrato válido, y que posteriormente, cumplirá sus obligaciones, entre ellas la contraprestación.

En el caso de que una Empresa Contratista vea la necesidad debidamente sustentada de ejecutar un Adicional de Obra, deberá seguir previamente el procedimiento establecido por la ley de la materia para su aprobación. Sin embargo, saltan a la vista aquellos casos en los que la Empresa Contratista ejecuta un Adicional sin contar con la autorización previa, situación en la que pareciera fácil señalar que la Entidad Pública no debe efectuar el pago por ese Adicional, empero al final si resulta necesario para cumplir los fines públicos. Es justo esta situación la que es materia de investigación, pues conforme la Tesis que sustentamos la ausencia de la buena fe (mala fe) no causa la ruptura del Equilibrio Económico Financiero y tampoco genera Enriquecimiento Sin Causa. En ese sentido, la Empresa Contratista que actúa de buena fe hace más evidente la injusticia de su empobrecimiento. Es decir que, en el caso de la Empresa Contratista que a sabiendas de que no cuenta con autorización para ejecutar un Adicional de Obra, ejecuta dicha prestación, se aprovecha de dicha situación. Por ello, no sería lógico ni justo que se ejerza la acción de Enriquecimiento Sin Causa, siendo que la misma Empresa Contratista generó

---

<sup>203</sup> En muchos casos el Expediente Técnico no es elaborado por parte de la Empresa que va a ejecutar la Obra, sino por parte de un consultor contratado por la Entidad Pública o por esta misma.

su perjuicio, pues bien pudo evitar ejecutar dicha prestación al conocer que no tenía la debida autorización.

Ahora bien, habiéndose descrito dicha situación, nos queda clara la importancia de que las partes actúen bajo los parámetros de la Buena Fe, pues la ausencia de ésta última, ocasionará que se produzcan controversias, generando grandes perjuicios sobre todo a la población beneficiaria, pues tanto la Empresa Contratista, así como la Entidad Pública tienen determinada expectativa en relación al cumplimiento de la prestación por parte de cada una, bajo el criterio de la Buena Fe que rige los compromisos materializados en un documento llamado contrato.

Debemos advertir que también hay situaciones en las que nos daremos cuenta que la Empresa Contratista ejecuta el Adicional de Obra sin contar con la debida autorización, sin embargo debe pagarse por dicha ejecución, este último supuesto será materia de tratamiento de manera más extensa en el apartado cinco de este mismo capítulo.

#### **4. Órgano competente para resolver el enriquecimiento sin causa**

Como bien ya se ha visto en los apartados anteriores, el Enriquecimiento Sin Causa es una figura regulada en el Código Civil, aplicada también en el ámbito de las contrataciones estatales. Siendo así, cabe preguntarse ¿Cuál es la vía adecuada para demandar la indemnización respectiva por Enriquecimiento Sin Causa?.

Como parte del tema que nos ocupa, es menester hacer referencia a lo regulado en el Art. 45<sup>o204</sup> de la Ley de Contrataciones con el Estado y su modificatoria, que hace referencia a

---

<sup>204</sup> Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por Art. 1° del Decreto Legislativo N° 1341, Art. 45°.

(...) 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas.

Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser

los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, indicando que las pretensiones de Enriquecimiento Sin Causa derivadas de la ejecución de Adicionales de Obra deberán ser resueltas por el Poder Judicial. Sin embargo, en la doctrina no existe unanimidad en este aspecto, pues se evidencia una discusión en torno a la arbitralidad del Enriquecimiento Sin Causa.

Para L. García Valdez, la discusión sobre la arbitralidad o no del enriquecimiento sin causa está relacionada a la controversia sobre su naturaleza jurídica, pues aquellos que sostienen que el Enriquecimiento Sin Causa es una fuente autónoma de obligaciones, entienden que un convenio arbitral no contiene por sí mismo, dicha pretensión, mientras que aquellos que reconocen su naturaleza dual conciben la idea de que si el enriquecimiento sin causa surge de la ejecución de las obligaciones contractuales, es una pretensión implícita del contrato y, consecuentemente del convenio arbitral.<sup>205</sup>

En ese sentido, se evidencia que no hay uniformidad en cuanto a los criterios para la determinación de la vía más favorable para hacer efectiva la acción de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, a nivel arbitral podemos reconocer el denominado Principio indubio pro arbitri, que en palabras de A. M. Arrarte Arisnabarreta: “Lo que sí queda fuera de toda posibilidad de discusión es que en el escenario de duda o falta de certeza siempre deberá efectuarse una interpretación en favor del arbitraje, permitiendo la arbitralidad de la materia cuestionada al no existir una norma clara que establezca lo contrario”.<sup>206</sup>

Al respecto, A. Arrarte Arisnabarreta y C. Paniagua Guevara, citados por M. Castillo y R. Sabroso, señalan que “la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, dependerá del tenor del convenio arbitral. Dentro de tal orden de ideas, correspondería

---

sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo (...).”

<sup>205</sup> L. GARCÍA VALDEZ, “Arbitralidad del Enriquecimiento Sin Causa en la Contratación Pública”, *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima 2017, p. 8.

<sup>206</sup> A. M. ARRARTE ARISNABARRETA, “Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio”, *Revista Ius et Veritas*, N° 50, Julio 2015, p. 252.

analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable.”<sup>207</sup>

Para A. Dammert Lira, en los países donde el poder judicial tiene problemas y puede generar mucha incertidumbre, suelen establecerse otros mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje, compuesto por especialistas elegidos por las partes.<sup>208</sup> Este comentario termina siendo acertado, pues como bien sabemos el Arbitraje se caracteriza por su practicidad y celeridad. En ese mismo sentido, M. Linares Jara, hace referencia que “(...) Quien tenga algo de experiencia en la ejecución de contratos del Estado no podrá rechazar la existencia de casos en los que la propia Administración, requiere a ruego y al margen de consideraciones formales o mientras éstas se consolidan, la ejecución de prestaciones adicionales, contratos complementarios o simplemente prestaciones, sean o no de obra pública. Ante ello puede pensarse que es abiertamente contrario al principio de buena fe y a la moral, que la misma Administración pretenda desconocer lo que anteriormente solicitó o consintió”.<sup>209</sup>

Siendo así, según L. García Valdez no interesa la naturaleza jurídica del enriquecimiento sin causa, pues lo realmente relevante es determinar si tiene una posible relación fáctica o jurídica con el contrato. Reforzando dicho argumento, cita a A. Campos Medina que refiere que la visión restringida respecto de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, nos llevaría al absurdo de interpretar que la voluntad de las partes es acudir en algunos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial cuando ambas materias en cuestión se encuentran estrechamente relacionadas, olvidando que la intención de las partes al pactar una cláusula arbitral es evitar acudir al Poder Judicial.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> A. ARRARTE ARISNABARRETA Y C. PANIAGUA GUEVARA, “*Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra*”, Revista Advocatus, N° 16, Lima 2007, p. 195, citado por M. CASTILLO FREYRE y R. SABROSO MINAYA, “*Materia Arbitrable en la Contratación Pública*”, Revista Derecho & Sociedad, N° 33, Lima 2009, p.p. 260-261, nota 62.

<sup>208</sup> A. DAMMERT LIRA, “Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura”, *Revista de Derecho Administrativo*, Lima 2009, p. 342.

<sup>209</sup> M. LINARES JARA, “Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa”. *Revista de Derecho Administrativo*, Lima 2009, p. 187.

<sup>210</sup> A. CAMPOS, MEDINA, “*La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos*”, Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, Lima 2006, p.p. 312-313, citado por L. GARCÍA VALDEZ, “*Arbitrabilidad del Enriquecimiento Sin Causa en la Contratación Pública*”, cit., p. 10, nota 18.

Bien señala M. Linares Jara que la sede arbitral está expedita para solucionar controversias sobre el pago de los adicionales de obra sin autorización administrativa y/o sin el acto de autorización y/o de control de la Contraloría General de la República, pues señala que las controversias que se derivan de la ejecución del contrato, deben resolverse mediante arbitraje, pudiendo interpretarse que se encuentran dentro de estas los casos de enriquecimiento sin causa por la ejecución impaga de adicionales de obra pública y sus pretensiones indemnizatorias.<sup>211</sup>

Dicho esto, a juicio personal, el Enriquecimiento Sin Causa que se deriva de la ejecución de Adicionales de Obra por falta de aprobación, debe ser atendida en la vía arbitral, pues entendemos que no consideramos que el Enriquecimiento Sin Causa sea una fuente de obligaciones por sí misma, pues necesita de un contrato principal para su existencia. Es así que, la celebración un contrato de ejecución de obra (principal), da lugar a la posibilidad de que éste sea extendido para la ejecución de un Adicional de Obra, que al final de cuentas, termina siendo un derivado del contrato de obra originalmente pactado. Entonces, la consecuencia lógica es que al ser el contrato principal sujeto a la vía arbitral, sus derivados corran la misma suerte. Es decir, que el enriquecimiento sin causa derivado de ejecución de adicionales de obra sin contar con autorización, que a su vez se derivan del contrato original de obra, deben también ser sometidos a la vía arbitral. Esto, máxime si se busca la celeridad en relación a la solución de dicha controversia, toda vez que se pone en juego los intereses públicos de una sociedad que termina siendo la principal beneficiaria.

## **5. El enriquecimiento Sin Causa en la ejecución de Adicionales de Obra**

Hemos reiterado en varias ocasiones el contexto en el cual se enmarca la presente investigación, llegando a la conclusión de que nuestro interés está orientado a la ejecución de Adicionales de Obra Pública, no autorizados previamente, y que traen como consecuencia el Enriquecimiento Sin Causa a favor de la Entidad, debiendo ésta última indemnizar a la Empresa Contratista, siempre que verifique que el Adicional de Obra

---

<sup>211</sup> M. LINARES JARA, “Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa”, cit., p.p. 186-190, citado en Tesis “Análisis del Enriquecimiento Sin Causa en las Contrataciones del Estado”, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica del Perú.

ejecutado, como supuesto de modificación del contrato original, cumpla con los requisitos para ser considerado como tal, y que este destinado al cumplimiento del objeto del Contrato y consecuentemente con la finalidad pública del mismo.

De esta manera, es preciso recordar algunas de las opiniones del OSCE, respecto a los requisitos para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa, dentro de ellas tenemos: Opinión 116-16/DTN, Opinión N° 073-2017/DTN, Opinión N° 007-2017/DTN, entre otras que se uniformizan respecto a los requisitos del Enriquecimiento Sin Causa, estableciendo que sus requisitos son: “(i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor”.

Las prestaciones adicionales de obras que no superan el 15% del monto de la obra, deben ser autorizadas por el Titular de la Entidad, conforme lo señala el Art. 175<sup>212</sup> del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. Esta potestad de la Entidad Pública se conoce como *ius variandi*, que permite obligar a los contratistas a ejecutar prestaciones que no fueron previstas inicialmente en el contrato. Pero si el contratista ejecuta las prestaciones sin ser autorizado previamente por la Entidad Pública, se produciría un enriquecimiento injustificado. Por ello, se podría aplicar la acción de enriquecimiento sin causa para que se restituyan dichas prestaciones. En ese sentido, es claro que el contratista ejecuta el Adicional de Obra bajo la confianza que la Entidad lo estaba autorizando, puesto

---

<sup>212</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, “Art. 175°.- Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%) 175.1. Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

175.2. (...)”

que se produjeron ciertos indicios en el contratista a consecuencia del comportamiento de la Entidad Pública. Por lo que, pese a no haberse efectuado de manera regular el procedimiento para la aprobación del Adicional de Obra, el contratista podrá ejercer la acción de enriquecimiento sin causa.<sup>213</sup>

Entonces, debemos preguntarnos ¿Qué sucederá en el caso en que dichas prestaciones adicionales se ejecuten sin que se hayan seguido las formalidades legales?, ¿Corresponde retribuir al contratista por las prestaciones adicionales realizadas conforme a lo tácitamente aprobado por la entidad?, respondiendo a estas interrogantes, podemos decir que en efecto, es necesario que para ejecutar un Adicional de Obra debe contarse con la debida certificación presupuestal y con la autorización previa del titular de la Entidad. Empero, en la praxis se tienen distintas situaciones como la descrita en el acápite precedente que contribuyen a que no se tenga en cuenta las formalidades necesarias para la aprobación de un Adicional de Obra, dentro de estas situaciones tenemos en su mayoría que se producen a causa de la negligencia de la propia Entidad Pública en la demora en la aprobación del Expediente Técnico de Adicional de Obra.

Según M. Linares Jara, ante la verificación de los supuestos habilitantes de los adicionales de obra pública la Administración puede o no ordenar su ejecución de acuerdo, y como ya se indicara, a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y al cumplimiento de finalidades públicas.<sup>214</sup> Siendo así, debemos evaluar distintos factores que nos llevarán a reflexionar sobre la proporcionalidad que existe entre el cumplimiento de las formalidades para la aprobación de un Expediente Técnico de Adicional de Obra y su consecuente ejecución, con respecto al cumplimiento de las finalidades públicas del Contrato de Ejecución de Obra.

Ahora, nos ponemos en el supuesto en el que el Contratista decide ejecutar un Adicional de Obra pese a no contar con la autorización previa por parte del Titular de la Entidad, pues la ejecución del referido Adicional de Obra, como una prestación no contemplada en el

---

<sup>213</sup> M. REBOLLO PUIG, “El enriquecimiento injusto de la Administración Pública”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, Madrid; 1995, p.p. 444-454.

<sup>214</sup> M. LINARES JARA, “Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa”, cit., p. 184.



Expediente Técnico inicial, pero que resulta necesario para cumplir con las metas del proyecto, coadyuva a cumplir con las finalidades del Contrato de Obra original, y de manera consecuente contribuye al cumplimiento de la finalidades públicas de la población. Partiendo de este supuesto, parece fácil esbozar un probable respuesta, “no debe efectuarse el pago por el Adicional ejecutado porque no tiene autorización”, evidenciándose el perjuicio para Contratista, pues ha invertido una determinada cantidad de recursos para poder ejecutar el Adicional correspondiente, máxime si se tiene la aprobación tácita por parte de la Entidad Pública porque está satisfaciendo una de sus necesidades, de tal manera que se enriquece sin causa alguna que lo justifique, pues bien pudo haber evitado que la Empresa Contratista ejecute el Adicional. Motivo por el cual, consideramos que se debería pagar el monto de las prestaciones adicionales ejecutadas.

Ahora bien, en contraparte a lo señalado por OSCE en relación a los requisitos para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa, vamos a hacer una especial referencia al último de los requisitos, es decir nos referimos a la Buena Fe del Contratista. Cabe preguntarnos ¿Sólo debe indemnizarse por Enriquecimiento Sin Causa, cuando el Contratista haya actuado de Buena Fe?. A juicio personal, la respuesta es no, pues bien puede el Contratista ejecutar un Adicional de Obra sin contar con la autorización debida, de buena fe o en ausencia de ésta, situación que resulta indiferente para efectos de configurarse el Enriquecimiento Sin Causa, pues en ambas situaciones, si la Entidad Pública se niega a efectuar el pago por los Adicionales ejecutados sin previa autorización, estaría enriqueciéndose a expensas del Contratista, toda vez que estaría aumentando activos, sin haber invertido parte de sus recursos, lo cual no tendría justificación alguna, pues bien podría demandar la demolición de la prestación adicional ejecutada.

Para efectos de analizar la situación descrita en el acápite precedente, conviene remitirnos al contenido del Código Civil, respecto a la figura de la edificación en terreno ajeno, consagrada en su Art. 941<sup>215</sup>, que hace referencia a la construcción en terreno ajeno de buena fe, habilitando al dueño del suelo para optar entre hacer suyo lo edificado, pagando

---

<sup>215</sup> Código Civil, Art. 941º: “Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno. Mala fe del propietario del suelo.”

el valor de la edificación, o también puede obligar a quien edificó a que le pague el terreno. De otro lado, tenemos lo regulado en el Art. 943<sup>216</sup> del mismo cuerpo normativo, referido a la construcción en terreno ajeno de mala fe, que da lugar a que el dueño puede exigir la demolición de la edificación, en caso le ocasione perjuicios, adicionalmente puede demandar el pago de la indemnización o apropiarse de la edificación sin pagar su valor.

Dicho esto, en el ámbito Civil, es evidente que están en juego intereses individuales, toda vez que en contratos privados hay igualdad de condiciones entre las partes contratantes, pues al final buscan la satisfacción de sus intereses, por ello, el hecho de construir en un terreno ajeno puede llamar a tomar la rápida decisión de demoler dicha edificación, si causará perjuicios o apropiarse de dicha edificación. Sin embargo, tenemos un escenario distinto en las contrataciones públicas, pues es evidente que tanto Entidad como Contratista no están en condiciones iguales, en muchos casos la Entidad tiene mayores prerrogativas en su actuación, lo que de alguna manera coloca en situación de desventaja a la Empresa Contratista, que pese a no tener la autorización previa ejecuta el Adicional de Obra asumiendo el riesgo por dicha ejecución, se sumado a esto, el hecho de que debe valorarse más el cumplimiento de los intereses públicos, por encima de los particulares, pues no podríamos optar rápidamente por demoler la prestación adicional ejecutada, si ésta realmente es necesaria para el cumplimiento de los fines públicos.

En esa línea, bien podríamos decir que la Buena Fe o Mala Fe, es indistinta al momento de configurarse el Enriquecimiento Sin Causa y habilitar al Contratista para demandar la respectiva indemnización, pues al recordar que están en juego recursos públicos, se pueden considerar excepciones que consideren una especial valoración para efectos de indemnizar al Contratista; dicha valoración consiste en verificar si efectivamente el Adicional de Obra ejecutado está destinado al cumplimiento de la finalidad del Contrato de Obra original, así como la verificación del cumplimiento de las finalidades públicas de la Entidad, contrario sensu, no deberá proceder el pago al Contratista, puesto que al ser recursos públicos, estos deben invertirse en el cumplimiento de Fines Públicos, más no particulares que sólo benefician a una sola parte (Contratista) distando de la naturaleza del contrato original.

---

<sup>216</sup> Código Civil, Art. 943º: “Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor”.

En síntesis, mantenemos la postura de que es indiferente la Buena Fe o Mala Fe del Contratista en la ejecución de Adicionales de Obra sin autorización, para efectos de indemnizar a éste por concepto de Enriquecimiento Sin Causa, toda vez que al no indemnizarlo se estaría vulnerando el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Obra celebrado originalmente, pues no habría equidad entre sus intereses. Por lo que, la Entidad Pública debe sólo valorar el cumplimiento de la finalidad pública de manera proporcional y razonable, con motivo de haber ejecutado el Adicional de Obra, a fin de que se pueda efectuar el pago, de ser el caso.

## CAPITULO IV

### LA EJECUCIÓN DE ADICIONALES DE OBRA COMO SUPUESTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

#### 1. Definición

Durante la fase de Ejecución Contractual podemos apreciar algunos supuestos que dan lugar a que el contrato originalmente celebrado sea modificado necesariamente para culminar de manera óptima la ejecución de la Obra Pública.

A. Retamozo Linares señala que los adicionales de obra constituyen un espacio en el cual se articulan la mayor ejecución del gasto público para el logro de los fines propuestos, y los mecanismos de control establecidos para garantizar la eficiencia del mismo.<sup>217</sup>

De acuerdo al Anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, la prestación adicional de obra es: “Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional”<sup>218</sup>.

El OSCE a través de M. Salinas Seminario respecto de las prestaciones adicionales de obra, señala que hay causales que dan lugar a su origen, básicamente son por deficiencias en el Expediente Técnico, Mayores Metrados<sup>219</sup> generados por modificaciones de planos

---

<sup>217</sup> A. RETAMOZO LINARES, “*Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control Análisis y Comentarios*”, 9ª Edición, Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima 2013, p.p. 1008-1009.

<sup>218</sup> Cabe indicar, que la prestación Adicional de Obra, da lugar a que se genere un Presupuesto adicional de obra, entendiéndose ésta como la valoración económica de la prestación adicional de una obra. Acorde a lo estipulado en el artículo 34 inciso 3 de la ley de contrataciones del estado que al tratarse de prestaciones adicionales pueden llegar hasta el 15% por debajo del monto del contrato original, a este se le quita los presupuestos deductivos que los vincula, para tal razón los pagos que se realiza son aprobados por el titular de la entidad correspondiente.

<sup>219</sup> Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones:

Metrado: Es la cantidad de una determinada partida del presupuesto de obra, según la unidad de medida establecida.

Mayor metrado: Es el incremento del metrado previsto en el presupuesto de obra de una determinada partida y que no provenga de una modificación del expediente técnico. El mayor metrado en contrato de obras a precios unitarios no constituye una modificación del expediente técnico.

en el Expediente Técnico, o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, por ejemplo si se diera el caso que durante la ejecución de la obra surge una falla natural y ésta amerita una solución técnica (...) para efectos de aprobar un Adicional de Obra debemos tener en cuenta lo que regula la Directiva de Contraloría General de la República sobre Prestaciones Adicionales de Obra y Prestaciones Adicionales de Supervisión de Obra (...).”<sup>220</sup>

Debemos tener claro que las prestaciones adicionales se aprueban únicamente si son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato; es decir, solamente en el supuesto que sin ellas el contrato no pueda ejecutarse.<sup>221</sup>

Conforme a lo señalado por la Dirección Técnico Normativo del OSCE, “(...) en caso de obras el término prestación implica la ejecución de la obra y la prestación adicional de obra implica la ejecución de una obra adicional a la contemplada en el contrato, por lo que no existe diferencia entre la prestación adicional de obra y la ejecución de obras adicionales. De esta manera, una prestación independiente de la denominación que se le atribuya, será considerada una prestación adicional de obra cuando implique la ejecución de una obra adicional que no se encuentre prevista en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización sea indispensable y/o necesaria para el cumplimiento de la meta prevista en la obra principal y siempre que genere un presupuesto adicional de obra; debiendo considerarse estas características como concurrentes. En caso no se cumplan todas las características señaladas anteriormente, estaremos ante otro tipo de prestaciones o una prestación nueva<sup>222</sup> de obra (...)”.<sup>223</sup>

Ahora bien, debemos partir por señalar que el Adicional de Obra es un supuesto de modificación del Contrato, así como lo es la Ampliación de Plazo, siendo en el primer caso una modificación en precio y la otra en tiempo. La Ley de Contrataciones con el Estado

---

<sup>220</sup> M. SALINAS SEMINARIO, “Adicionales de Obra”, *Aula Virtual del OSCE*, Lima 2016.

<sup>221</sup> C. RIVERA ROJAS, Manual OSCE: “Cómo vender con éxito al Estado”, Prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo y contrataciones complementarias, p. 4.

<sup>222</sup> Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones:

Prestación nueva de obra: “La no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización no es indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta obra principal. Estas prestaciones se ejecutan mediante un nuevo contrato, para lo cual debe aplicarse los procedimientos establecidos en la Ley y su Reglamento”.

<sup>223</sup> Opinión N° 167-2016/DTN, punto 2.1.2.

vigente en su Art. 34, hace referencia a las modificaciones del Contrato en su numeral 34.1 que señala a la letra: “El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad”.<sup>224</sup>

M. Linares Jara señala que los Adicionales de Obra tienen algunos caracteres, tales como:<sup>225</sup>

a) Constituye una prerrogativa pública, otorgada por la Ley a fin de resguardar intereses públicos comprometidos, para el caso, en las obras públicas en construcción. Esto quiere decir, que la decisión de que se efectúen trabajos adicionales, es prerrogativa de la entidad pública, pues ante la noticia que tenga la Entidad Pública de la necesidad de ejecutar trabajos adicionales, deberá llevar a cabo las indagaciones pertinentes para determinar si, en efecto, la necesidad indicada existe y si se verifican los demás elementos habilitantes de la prerrogativa pública, así como si esta decisión es conveniente, razonable, proporcionada y adecuada al fin perseguido y que además sea posible atendiendo a criterios presupuestales.

b) Artificialidad de los Adicionales de Obra, pues al igual que la obra pública, las prestaciones adicionales requieren, necesariamente, la ejecución de una actividad material humana, que constituyen trabajos que son debidos por una de las partes del contrato de obra pública a su contraparte.

c) De su relación con la finalidad del contrato, siendo que los trabajos adicionales deben responder a la finalidad del contrato. En muchos casos los adicionales deben ser examinados en términos del cumplimiento de la legalidad y del principio de eficiencia. M.

---

<sup>224</sup> Ley de Contrataciones con el Estado modificada por Decreto Legislativo N° 1341, Art. 34°.

<sup>225</sup> M. LINARES JARA, “*Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa*”, cit., p.p. 181-184.

Linares Jara cita un ejemplo señalando el caso de un expediente técnico de un edificio en el que se haya omitido la escalera de incendios, dicho adicional es imperativo en cumplimiento del Reglamento Nacional de Edificaciones. En ese sentido, si un trabajo no ha sido contemplado en el Expediente Técnico, pero dicho trabajo es imperativo, en atención al cumplimiento de la finalidad pública y la eficiencia en el gasto de los recursos públicos.

d) Situaciones imprevisibles detectadas con posterioridad a la suscripción del contrato, errores en el Expediente Técnico y “hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato”<sup>226</sup>. Es común que en la praxis se considere que los adicionales de obra son una cuestión normal en cualquier ejecución de obra pública. Empero, conforme a la normativa vigente deben ser situaciones excepcionales.

Ahora bien, para el referido autor, conforme la normativa de la materia, los adicionales para ser tales requieren de:

- Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato:

En este punto nos referimos al caso fortuito o fuerza mayor, reconocido en el Art. 1315<sup>227</sup> del Código Civil, que a su vez hace referencia a sus características, señalando que dichas situaciones con: Extraordinarias<sup>228</sup>, Imprevisibles<sup>229</sup> e Irresistibles.<sup>230</sup>

La característica de irresistibilidad, para M. Linares Jara no es tomada muy en cuenta en el ámbito administrativo, por lo que no sería exigible. Además, señala que tampoco estaríamos ante un caso de aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio

---

<sup>226</sup> El supuesto escrito entre comillas, a nuestro criterio no debería ser considerado, sin embargo es descrito por M. Linares Jara como una causal de Adicionales de Obra, sin embargo, más adelante sustentaremos nuestra posición.

<sup>227</sup> Código Civil Peruano, Art. 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor

“Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

<sup>228</sup> Son extraordinarias cuando están fuera del orden natural o común de las cosas.

<sup>229</sup> Son imprevisibles, en tanto implica que no hay forma por la cual se pueda conocer la ocurrencia futura de una situación determinada.

<sup>230</sup> Son irresistibles por cuanto se relacionan con los efectos de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, pues habiendo tomado todas las precauciones e independientemente de nuestra voluntad, las situaciones de igual modo surtirán sus efectos.

económico financiero del contrato, en atención a los puntos configurativos específicos para los trabajos adicionales y también para el principio citado.<sup>231</sup> Sin embargo, nótese que en el ámbito de las Contrataciones Estatales, el caso fortuito y fuerza mayor se suscitan con posterioridad al perfeccionamiento del Contrato, esto es durante el período de ejecución contractual.

- Errores en el Expediente Técnico:

M. S. Marienhoff citado por M. Linares Jara, hace referencia a las categorías dificultades materiales imprevistas y al error en el proyecto, para ello indica que si las dificultades son aquellas que no pudieron ser previstas, no podríamos hablar de error en el proyecto, puesto que el error radica en aquellos hechos que son conocidos o que razonablemente debieron conocerse, pero que fueron equivocadamente valorados. De otro lado, dificultades materiales imprevistas son aquellas cuya aparición no le es imputable al Estado ni al contratante.<sup>232</sup>

Así, la necesidad de ejecutar trabajos adicionales puede sustentarse en la existencia de “errores” en el Expediente Técnico. Siendo así, tal y como se había señalado en el Capítulo II, los errores podrían ser a causa de la propia Entidad<sup>233</sup>, o puede ser un error causado por un tercero<sup>234</sup>. En ambos casos, se incurre en error cuando el Expediente Técnico elaborado no cumple los estándares de calidad y necesidad requeridos para declarar su viabilidad.

En la praxis, es fácil darse cuenta que la mayoría de Expedientes Técnicos tienen la presencia de errores (hecho que no debiera ser común), dando lugar a la necesidad de ejecutar un Adicional de Obra, cuando sabemos bien que estas modificaciones deben ser extraordinarias.

---

<sup>231</sup> M. LINARES JARA, “*Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa*”, cit., p.p. 181-184.

<sup>232</sup> Cfr. M. S. MARIENHOFF, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo II – B. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1978, p.p. 564-565, citado por M. LINARES JARA, “*Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa*”, cit., p. 183, nota 32.

<sup>233</sup> En los casos que ésta decida elaborar el Expediente Técnico.

<sup>234</sup> Cuando la Entidad decide contratar una consultoría de obra para la elaboración del Expediente Técnico.



- Hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato:

R. Escobar Gil citado por M. Linares Jara señala literalmente que “(...) el presupuesto fáctico de ambas teorías [dificultades materiales imprevistas y fuerza mayor] es un fenómeno externo e imprevisible para las partes, que en el caso de las dificultades materiales imprevistas es concomitante o simultáneo a la celebración del contrato, y en el supuesto de la fuerza mayor sobreviene durante la ejecución del mismo, como ocurre con la teoría de la imprevisión”.<sup>235</sup> Siendo así, es evidente que para este autor, la fuerza mayor se materializa en las situaciones que resulten imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato; y las denominadas dificultades materiales imprevistas se plasman en hechos que se suscitan de manera imprevisible y anterior o simultánea a la celebración del contrato.

Ahora bien, hacemos una confrontación con respecto a lo señalado por la Contraloría General de la República en la Resolución de Controlaría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", la misma que en su numeral 6.3 hace referencia a las prestaciones adicionales<sup>236</sup> y las causales de su origen. Es así que, el dispositivo precitado señala que las prestaciones adicionales de obra se originan por situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por deficiencias del Expediente Técnico de obra.<sup>237</sup>

Dicho esto, aparentemente la postura estimada por M. Linares Jara difiere de lo regulado por la Contraloría General, en cuanto al supuesto referido a “hechos imprevisibles anteriores o simultáneos a la celebración del contrato” a los que hace referencia M. Linares Jara. A nuestro entender, no podríamos considerar Adicionales de Obra por hechos

---

<sup>235</sup> Cfr. R. ESCOBAR GIL, *“Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”*, Legis, Colombia 1999. p. 580, citado por M. LINARES JARA, *“Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa”*, cit., p. 183, nota 34.

<sup>236</sup> Conforme lo señalado por la Contraloría General de la República: “Una prestación adicional de obra es aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional. La prestación adicional de obra se formula sobre el monto del contrato original, y requiere autorización de la Contraloría, cuando la incidencia acumulada supere el quince por ciento (15%) hasta un máximo del cincuenta por ciento (50%) de dicho monto”.

<sup>237</sup> Resolución de Controlaría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", numeral 6.3.

imprevisibles anteriores a la celebración del contrato, pues si reflexionamos al respecto, podemos señalar que sólo podría configurarse este supuesto en los casos de errores en el Expediente Técnico (supuesto que ya está considerado como causal de Adicionales de Obra), podría también considerarse a la falta de disponibilidad de terreno, sin embargo esta a su vez no es del todo viable, por cuanto para declarar la viabilidad y futura ejecución de un proyecto se requiere disponibilidad de terreno, requisito sin el cual, no podría ejecutarse una obra.<sup>238</sup>

e) La necesidad de autorización previa, de manera complementaria a lo indicado por M. Linares Jara, luego de verificar el cumplimiento de los supuestos habilitantes de los adicionales de obra pública, la Entidad Pública, tiene la facultad de aprobar o no la ejecución de éstos, en virtud de la evaluación que realice su área técnica y legal, teniendo en cuenta los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y sobre todo el cumplimiento de finalidades públicas<sup>239</sup>.

f) Por último, un factor importante es la disponibilidad presupuestal, ya que su ejecución sólo puede ser autorizada si la Entidad cuenta con disponibilidad presupuestal<sup>240</sup>, toda vez que debe tenerse en cuenta que están en juego recursos públicos.

g) Los Adicionales de Obra, dan a la Entidad Pública la posibilidad de no llevar a cabo un procedimiento de selección para su ejecución.<sup>241</sup>

## **2. Supuestos:**

Como bien sabemos, la normativa vigente contempla dos supuestos de los Adicionales de Obra, los mismos que se ven determinados por el criterio del monto del contrato original. Es así, que distinguimos entre los Adicionales que son menores al 15% del valor total de la Obra Pública, y de otro lado, los que son superiores al 15% del valor total de la Obra.

---

<sup>238</sup> Hay casos en los que no se tiene disponibilidad de terreno, cuando por ejemplo la población se opone a la construcción de una obra pública, lo que genera un conflicto social, pero vale señalar que estos casos suceden posterior a la celebración del contrato.

<sup>239</sup> Cfr. M. LINARES JARA, *“Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin Causa”*, cit., p. 184.

<sup>240</sup> Ibídem, p. 184.

<sup>241</sup> Ibídem, p. 184.

## 2.1 Adicionales de obra menores al 15% del monto contratado

Este supuesto tiene determinadas características específicas, fuera de las características generales detalladas en el apartado precedente. S. Tamayo Yáñez<sup>242</sup> hace referencia a algunas de estas características:

a) Que no supere el 15 % del monto originalmente contratado, restando los presupuestos deductivos vinculados, para S. Tamayo Yáñez<sup>243</sup>, se deben tomar en cuenta dos aspectos; de un lado, que el Adicional de Obra no puede superar el 15% del monto del contrato original<sup>244</sup>. Y en cuanto al segundo aspecto, nos referimos a la resta de los presupuestos deductivos vinculados<sup>245</sup>.

Para mayor claridad, citamos el ejemplo de S. Tamayo Yáñez, que a la letra indica: “Si se va a construir un centro deportivo que incluye la construcción de dos canchas. Sin embargo, se determina que, en vez de construirse dos canchas, se hará solo una cancha y una piscina (la piscina se construirá en el terreno en el que se planeaba hacer una de las canchas). En este caso, la construcción de la piscina es la prestación adicional. La construcción de la piscina está sustituyendo a la construcción de la cancha. De lo anterior es obvio que, como ya no se hará una de las canchas, existirán presupuestos que no se ejecutarán (por ejemplo, el costo de poner césped, arcos, líneas de cal, etc.). Estos presupuestos están directamente relacionados –vinculados– con la construcción de la piscina, porque su no ejecución está relacionada a la construcción de la piscina (dado que ambos ocupan el mismo terreno y no se pueden hacer las dos a la vez, es o una o la otra). Son los presupuestos que no se ejecutarán de la cancha, los que deben restarse del costo del adicional de la piscina. Así, suponiendo que la construcción de la cancha de un total de S/.2,000.00 y la construcción de la piscina sea S/.8,000.00, se debe restar el primero del

---

<sup>242</sup> S. TAMAYO YÁÑEZ, “Las prestaciones adicionales: ser o no ser”, *Revista Actualidad Gubernamental*, N° 64, Lima 2014, p. 6.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>244</sup> Conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el Contrato original es el contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las Bases y la oferta ganadora.

<sup>245</sup> El Deductivo Vinculante se compone de partidas del presupuesto contratado que no serán ejecutadas, y a su vez son reemplazadas por partidas de un Presupuesto Adicional de Obra. De otro lado, también tenemos el Presupuesto Deductivo No Vinculante, el mismo que no está relacionado al Presupuesto Adicional de Obra.

segundo, dando un total de S/6,000.00. Ese monto de S/6,000.00 es el que no debe superar el 15 % del monto del contrato original.”<sup>246</sup>

Dicho esto, quiere decir que luego de haberse efectuado la operación consistente en restar del monto que se ejecutará por concepto de Adicional, las partidas que no se ejecutarán y serán sustituidas por los diversos componentes del Adicional de Obra, el resultado debe ser traducido en porcentaje de incidencia, el cual no debe superar el 15% del monto total de la Obra. Cabe indicar, que tanto las partidas que serán sustituidas, así como las que sustituirán a éstas deben tener la misma finalidad, que en resumen se orientan al interés público, que conlleva al cumplimiento de la finalidad pública, siendo ésta última el parámetro adecuado para determinar la necesidad de la ejecución del Adicional de Obra. Tomando como referencia el ejemplo anterior, debemos determinar la finalidad pública de la obra original “la construcción de la cancha deportiva”, esto es el fomento del deporte; siendo así, la finalidad de la piscina (partida reemplazante), deberá estar también destinada al fomento del deporte.

b) Que cuente con la autorización del titular de la entidad, toda vez que debemos recordar que se trata del manejo de los recursos públicos<sup>247</sup>. No cabe hacer mayor detenimiento sobre este aspecto, siendo que en el ámbito de los Gobierno Locales (ámbito que nos ocupa), la Resolución deberá ser emitida por el titular de la Entidad, previo informe técnico y legal que otorgue opinión favorable sobre la procedencia del Adicional, conforme a los requisitos que la ley señala.

c) Se debe contar con el presupuesto necesario, dicha exigencia se encuentra normada en el Art. 175° numeral 175.1<sup>248</sup> del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado,

---

<sup>246</sup> S. TAMAYO YÁÑEZ, “*Las prestaciones adicionales: ser o no ser*”, cit., p. 6.

<sup>247</sup> Debemos recordar que al ser recursos públicos, estos deben ser optimizados, conforme lo señalado en la Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Artículo X del Título Preliminar, que refiere sobre la eficiencia en la ejecución de los fondos públicos, y literalmente señala: “Las políticas de gasto público vinculadas a los fines del Estado deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica-financiera y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad macrofiscal, siendo ejecutadas mediante una gestión de los fondos públicos, orientada a resultados con eficiencia, eficacia, economía y calidad”.

<sup>248</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, “Artículo 175.- Prestaciones adicionales de obras menores o iguales al quince por ciento (15%)  
175.1. Solo procede la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, según las reglas previstas en la normatividad

que hace mención a la “Certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal”. Es evidente que cualquier compromiso que involucre la modificación presupuestaria previamente establecida en un contrato original, deberá ser respaldada económicamente

Ahora bien, debemos tener también en cuenta que el Reglamento también refiere que el pago de los presupuestos de Adicional de Obra que resulten aprobados, deberán realizarse mediante valorizaciones adicionales. Del mismo modo, señala que de aprobarse la ejecución de un Adicional de Obra, la Empresa Contratista tiene a cargo la obligación de ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Y por último, indica que los Adicionales de Obra deberán ser comunicados a la autoridad competente del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones<sup>249</sup>.

También debemos referirnos a las contrataciones excepcionales que se realizan en situaciones de emergencia, en las cuales bastará con una comunicación escrita al inspector o supervisor de obra para que autorice su ejecución, siempre que se presente el supuesto de que la falta de ejecución de las mismas pueda afectar al medio ambiente o la población, o pueda poner en peligro a los trabajadores o a la obra misma.<sup>250</sup> Del mismo modo, cabe indicar que en este tipo de contrataciones, si bien es cierto hay una autorización directa al supervisor o inspector de obra, esto no exime al titular de que posteriormente emita la resolución respectiva, para continuar con el trámite respectivo para su pago.

---

del Sistema Nacional de Presupuesto Público y con la resolución del Titular de la Entidad o del servidor del siguiente nivel de decisión a quien se hubiera delegado esta atribución y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no excedan el quince por ciento (15%) del monto del contrato original”.

<sup>249</sup> Art. 175º, numeral 175.13: “El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales”; numeral 175.14: “Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista puede reducir el monto de dicha garantía”; numeral 175.15: “Los adicionales, reducciones y los mayores o menores metrados que se produzcan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones”.

<sup>250</sup> Numeral 175.7: “Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales de obra de carácter de emergencia, cuya falta de ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, a los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la Entidad se realiza mediante comunicación escrita al inspector o supervisor a fin de que pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que debe efectuar la Entidad, previamente a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no puede efectuarse pago alguno”.

## 2.2 Adicionales de obra mayores al 15% del monto contratado.

Otro de los supuestos que encontramos, aunque no muy común, es la ejecución de Adicionales de Obra que superan el 15% del monto del contrato original, los que a su vez tampoco puedan superar el 50% del monto contratado. Es así, que debemos tener especial cuidado al momento de sustentar los Adicionales de Obra, ya que debemos tener en cuenta que estos están sujetos a la autorización por parte de la Contraloría General de la República, al tratarse de mayores montos.

Apoyamos lo señalado por S. Tamayo Yáñez<sup>251</sup>, que indica que las principales características de las prestaciones adicionales de obra cuando superan el 15 % del monto total, en concordancia con la Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", numeral 6.3<sup>252</sup>, son las siguientes:

a) Que resulte indispensable su realización por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. En este punto, podemos distinguir dos aspectos.

En primer lugar, las deficiencias en el Expediente Técnico, pues como bien sabemos éste último establece los parámetros para la ejecución de la obra de manera correcta, y en el caso que se tengan errores, la corrección de éstos muchas veces implican la ejecución de prestaciones que no estaban previstas originalmente, configurándose los Adicionales de Obra. En este caso, vamos a citar el ejemplo de S. Tamayo Yáñez, que indica a la letra: "Ejemplo: En la construcción de un puente, se tienen que fijar las columnas de este al

---

<sup>251</sup> S. TAMAYO YÁÑEZ, *"Las prestaciones adicionales: ser o no ser"*, cit., p. 7.

<sup>252</sup> Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", numeral 6.3

"6.3. Prestación adicional de obra y causales que la originan:

Una prestación adicional de obra es aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional. La prestación adicional de obra se formula sobre el monto del contrato original, y requiere autorización de la Contraloría, cuando la incidencia acumulada supere el quince por ciento (15%) hasta un máximo del cincuenta por ciento (50%) de dicho monto.

Las prestaciones adicionales de obra se originan por:

a. Situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato.  
b. Deficiencias del expediente técnico de obra".

margen de un río. El expediente técnico señala que el suelo donde se pondrán las columnas es arcilloso pero, ya en el terreno, se comprueba que es de roca sólida, lo que implica que se ejecute una prestación de voladura de roca, prestación que no estaba contemplada en el presupuesto y, por ende, en el expediente técnico. En este caso, es manifiesto el error del expediente técnico porque no ha tomado en cuenta un elemento clave del terreno. Pero no basta con descubrir un error, pues hay errores que no son trascendentales. En el ejemplo que planteamos, es un error que resulta indispensable corregir, porque si no el puente se cae”.<sup>253</sup>

En segundo lugar, tenemos las situaciones imprevisibles que se suscitan con posterioridad a la suscripción del contrato. Para S. Tamayo Yáñez, estas situaciones “no son causal suficiente para que se apruebe una prestación adicional”<sup>254</sup>, pues debe tenerse en cuenta que estas situaciones deben ser relevantes para la ejecución de la obra y que la ejecución de prestaciones adicionales sea necesaria para la subsanación de dichas situaciones. El citado autor, cita un ejemplo clásico, refiriéndose a los fenómenos naturales o climatológicos, por ejemplo, “un terremoto, pues en el caso que se esté construyendo un puente y, luego del terremoto, la obra inconclusa queda gravemente afectada, es lógico que se apruebe un adicional por esta causa, pues no había forma de prever que sucedería, motivo por el cual la eventual prestación de reforzamiento de columnas no estaba contemplada en el expediente técnico, debiendo ser aprobada”<sup>255</sup>, pues no constituye una situación que pudiera ser previsible durante la ejecución del Contrato.

b) Que no supere el 50 % del monto originalmente contratado, restando los presupuestos deductivos vinculados. En sentido, nótese que este tipo de Adicionales de Obra se encuentran entre el rango de mayores al 15 % y menores al 50 % del monto originalmente contratado.

---

<sup>253</sup> S. TAMAYO YÁÑEZ, “*Las prestaciones adicionales: ser o no ser*”, cit., p. 7.

<sup>254</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>255</sup> En estos casos es evidente que no se tiene la posibilidad de prever que pueda generarse dicha situación, considerándose en muchos casos como caso fortuito y fuerza mayor.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado prevé en su Art. 176<sup>256</sup> la necesidad de restar los presupuestos deductivos vinculados, del mismo modo que en el caso de los Adicionales de Obra menores al 15% del monto contratado.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿Qué sucede en aquellos casos en lo que el Adicional de Obra supera el 50%?, en estos casos la norma también establece la solución a este supuesto, en su Art. 176°, numeral 176.5, refiriendo a la letra: “Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 138<sup>257</sup>; para continuar con la ejecución de la obra debe convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista (el subrayado es nuestro)”. Es evidente que, por un tema de celeridad y a fin de no perjudicar la ejecución de la obra, sería factible aplicar lo regulado en el Art. 138° del Reglamento, para continuar con la ejecución del saldo pendiente. Sin embargo, la norma es clara en cuanto a la negatividad en la aplicación del Art. 138°, por lo que sólo nos queda recurrir a un nuevo proceso de selección.<sup>258</sup>

---

<sup>256</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 176°.- Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)

“176.1. Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. La determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emite previa al pago”.

<sup>257</sup> “Artículo 138.- Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato

138.1. Cuando se resuelva un contrato y exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicha resolución se encuentre sometida a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad debe determinar el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

138.2. Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación (...)”

<sup>258</sup> En muchos casos, un nuevo proceso de selección para ejecutar un Adicional de Obra que supera el 50% del monto contratado, puede causar perjuicios en la normal ejecución de la obra, en tanto esta se verá paralizada mientras se lleva a cabo el nuevo proceso de selección.



c) Que cuente con la autorización del titular de la entidad y de la Contraloría. Esta es la diferencia del anterior supuesto (Adicionales de Obra menores al 15%), pues en este caso, adicionalmente se requiere la autorización de la Contraloría General de la República, que asume un rol activo en estos casos, ya que pese a que se cuente con la autorización por parte del titular de la entidad, antes de la ejecución y el pago del Adicional de Obra, se debe contar con la autorización previa de la Contraloría, conforme lo señalado en la Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra".

La Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", señala respecto a la competencia de la Contraloría, en su numeral 6.1 a la letra: "En el marco de sus atribuciones la Contraloría otorga autorización previa de las prestaciones adicionales de obra, cuyo monto exceda el porcentaje previsto en la normativa de contrataciones vigente, de conformidad con las disposiciones establecidas en el literal k) del artículo 22<sup>259</sup> de la Ley N° 27785. La Contraloría ejerce esta atribución en el marco del servicio de control previo, el cual se realiza con anterioridad a la ejecución de un acto u operación de una Entidad, con el objeto de emitir un resultado según corresponda a la materia del requerimiento que realice la Entidad solicitante del servicio"<sup>260</sup>. En ese sentido, nos damos cuenta que la autorización de la Contraloría deberá ser anterior a la ejecución por parte de la Entidad<sup>261</sup>, en virtud de su potestad de control, lo que aparentemente coadyuvaría a administrar de manera adecuada los recursos públicos para el cumplimiento de los fines públicos.

Así, la precitada norma también refiere a la emisión de la autorización previa de la Contraloría en su numeral 6.2, que literalmente indica: "La autorización previa emitida por la Contraloría constituye un acto administrativo, estando sujeta a la interposición del

---

<sup>259</sup> Ley N° 27785 – "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República", Art. 22°, literal k: "Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento".

<sup>260</sup> Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", numeral 6.1.

<sup>261</sup> Caso que no opera para las contrataciones de emergencia.

recurso de apelación, únicamente cuando la impugnación se sustenta en diferente fundamentación o documentación o cuando se trate de cuestiones de puro derecho. La emisión de la autorización previa no supone la conformidad de los actos de gestión de la Entidad ni limita el ejercicio del control simultáneo o posterior que corresponda. La Contraloría no autoriza prestaciones adicionales de obra que estén ejecutadas, salvo que sean calificadas como prestaciones adicionales de obra con carácter de emergencia, en cuyo caso no emite autorización si se encuentran pagadas (el subrayado es nuestro)".<sup>262</sup> En estos casos, nuevamente queda en evidencia el rol activo de la Contraloría en el ámbito de las Contrataciones de la Entidades Públicas. Sin embargo, cabe preguntarnos: ¿Es necesaria la intervención de la Contraloría en este tipo de Adicionales de Obra?, máxime si tenemos en cuenta que tiene la potestad de intervenir en virtud de su atribución de control posterior, y que sus decisiones pueden ser apeladas. Nuestra posición se resume en el hecho de que se debe reservar a la Contraloría, sólo la función de control posterior de las gestiones y actos que realice la Entidad Pública; y para tal caso, si se quiere tener un mayor control de la administración de los fondos públicos, se debería requerir la autorización previa del Ministerio de Economía y Finanzas, que a nuestra consideración tendría mayor competencia para intervenir.

d) Otra de las características es que el Adicional de Obra debe contar con los recursos necesarios, del mismo modo que en el supuesto de los Adicionales de Obra que no superan el 15%, máxime si el porcentaje de incremento es aún mayor, pues recordemos que equivale al 50% del valor contratado.

Al igual que en el caso de los adicionales que no superan el 15%, también debemos tener en cuenta que el pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales. Y que la Empresa Contratista debe ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Y por último, los adicionales que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", numeral 6.2.

<sup>263</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, "176.3. El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales. 176.4. Cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista está obligado a ampliar

Al tratarse de Adicionales de Obra hasta por el 50% del monto contratado, máxime cuando se generen por deficiencias en el Expediente Técnico, es notoria la responsabilidad del Proyectista o del Servidor que lo elaboró, toda vez que al tener discrepancias entre la realidad y lo plasmado en el Expediente Técnico, las mismas que lleguen a generar un incremento hasta en la mitad de lo que está presupuestado para la ejecución de la obra, deja en evidencia la negligencia por parte del proyectista o de los Servidores de la Entidad Pública a cargo, que genera retrasos en la ejecución de la obra, afectando la finalidad pública, y el gasto en exceso de los recursos públicos asignados a la Entidad Pública, que bien podrían ser invertidos en algún otro proyecto de inversión.

### **3. Procedimiento de aprobación**

En ambos supuestos, tanto Adicionales de Obra menores al 15% como los Adicionales de Obra superiores al 15%, tiene un procedimiento de aprobación muy parecido.

En primer lugar, en cuanto a los Adicionales menores al 15% del valor contratado, se debe seguir el procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, conforme lo regulado en el Art. 175<sup>264</sup>

Se evidencia entonces que el procedimiento de aprobación inicia con la anotación en el Cuaderno de Obra, que debe hacer el residente en calidad de representante técnico de la Empresa Contratista, o el supervisor o inspector, de la necesidad que se tiene de ejecutar una prestación Adicional de Obra.

---

el monto de la garantía de fiel cumplimiento. 176.6. Los adicionales, reducciones y los menores o mayores metrados que se produzcan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.”

<sup>264</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 175°, numeral 175.2: “La necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, sea por el contratista, a través de su residente, o por el inspector o supervisor, según corresponda. En un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de realizada la anotación, el inspector o supervisor, según corresponda, debe comunicar a la Entidad la anotación realizada, adjuntando un informe técnico que sustente su posición respecto a la necesidad de ejecutar la prestación adicional. Además, se requiere el detalle o sustento de la deficiencia del expediente técnico o del riesgo que haya generado la necesidad de ejecutar la prestación adicional”.

Como bien sabemos el Cuaderno de Obra es un “(...) documento de registro de acontecimientos y de formulación de consultas oficial para el control de la obra. El ingeniero residente y el inspector o supervisor son las únicas personas autorizadas para escribir en el cuaderno de obra. El Objeto del cuaderno de obra es dejar constancia de los hechos relevantes que suceden durante la ejecución de la obra. Es Conveniente que el cuaderno de obra sea revisado diariamente por el inspector o supervisor y que se evite dejar períodos sin anotaciones. El Original del cuaderno de obra debe permanecer en la obra bajo custodia del residente (...)”<sup>265</sup>.

Luego de haberse efectuado la anotación, el Supervisor o Inspector, según corresponda deberá remitir un informe a la Entidad en el plazo de 5 días. Dicho informe deberá estar debidamente sustentado, debiendo indicar “las razones por las cuales las prestaciones adicionales o las reducciones son necesarias para alcanzar la finalidad del contrato”<sup>266</sup>. Es decir, debe acompañar un Informe Técnico que indique las deficiencias del Expediente Técnico o los supuestos imprevisibles que dan lugar al Adicional de Obra.

Seguidamente, la Entidad Pública deberá tener en cuenta distintos aspectos, tales como la capacidad técnica y/o especialización de quién estará a cargo de la elaboración del Expediente Técnico, a fin de proceder conforme lo señala el Art. 175º, numeral 175.4 del Reglamento, respecto a la designación para la elaboración del Expediente Técnico<sup>267</sup>.

Ahora bien, si el Expediente Técnico lo elabora el Inspector o Supervisor, según corresponda, éste deberá ser elevado a la Entidad; y en aquellos casos en los que haya sido elaborado por la propia Entidad o por un consultor externo, el Inspector o Supervisor contará con un plazo de 5 días hábiles, desde el día siguiente de la recepción del Expediente Técnico, para elevarlo a la Entidad, para lo cual debe adjuntar informe en el

---

<sup>265</sup> OSCE, Sub Dirección de Desarrollo de Capacidades de la Dirección Técnico Normativo, “*Supervisión de Obra*”, Cap. 4, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/ppt\\_cap4\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/ppt_cap4_obras.pdf).

<sup>266</sup> C. RIVERA ROJAS, OSCE, “*Cómo vender con éxito al Estado*”, “Prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo y contrataciones complementarias”, Capítulo 3 del Módulo 4, p. 4.

<sup>267</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 175º, numeral 175.4:

“La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra está a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor, (...)”

que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el Expediente Técnico<sup>268</sup>.

Recibida la comunicación, la Entidad Pública cuenta con 12 días hábiles para emitir y notificar a la Empresa Contratista, la resolución mediante la cual se pronuncia sobre la procedencia del Adicional de Obra.<sup>269</sup> Ahora bien. Conforme al Art. 175°, numeral 175.6, “(...) La demora de la Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo”.

Ahora bien, cabe señalar que conforme a lo señalado en el Reglamento, en cuanto a las Ampliaciones de Plazo, si la Entidad no emite pronunciamiento dentro del plazo establecido (10 días), se tiene por aprobado lo señalado por el Supervisor, es decir que si la Entidad no se pronuncia, se deberá recurrir a la evaluación hecha por el Supervisor, como evaluación preliminar. Sin embargo, en los casos en los que el Supervisor no emita informe al respecto, se tendrá por consentida la solicitud de Ampliación de Plazo, aprobándose la misma. Nótese en este último caso, que a diferencia de la Ampliación de Plazo (que también constituye una forma de modificación del Contrato), los Adicionales de Obra no se aprueban de manera automática frente a la falta de respuesta por parte de la Entidad Pública, sino que originan la Ampliación de Plazo, a criterio personal, esto se debería a que los Adicionales de Obra involucran una modificación de los recursos públicos, hecho que pone en riesgo el presupuesto público y genera un posible desequilibrio económico del Contrato.

Ahora bien, conforme lo descrito en el acápite que precede, el pronunciamiento de la Entidad Pública deberá ser a través de un acto administrativo, es decir una Resolución, la misma que deberá ser emitida por la autoridad competente, que de acuerdo a la ley de la

---

<sup>268</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 175°, numeral 175.5. “Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor lo eleva a la Entidad. En caso que el expediente técnico lo elabore la Entidad o un consultor externo, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción del expediente técnico, para remitir a la Entidad el informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico. En ambos casos, de existir partidas cuyos precios unitarios no están previstas en el presupuesto de obra, se adjunta al expediente técnico el documento del precio unitario pactado con el contratista ejecutor de la obra”.

<sup>269</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 175°, numeral 175.6.

materia sería el Titular de la Entidad. Ello, de conformidad con lo regulado en el Art. 8º, concordante con el Art. 34-A de la Ley de Contrataciones con el Estado.<sup>270</sup>

En segundo lugar, con respecto a los Adicionales de Obra superiores al 15% y menores al 50% del monto contratado, tenemos que el procedimiento de aprobación está regulado en el Art. 176º<sup>271</sup> del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

En síntesis, este tipo de Adicionales de Obra tiene el mismo procedimiento de aprobación. Sin embargo, el único factor que los diferencia es que en este caso, se requiere adicionalmente a la autorización del Titular de la Entidad Pública, la autorización de la Contraloría General de la República, siendo que ésta última tiene el plazo de 15 días hábiles computados desde el día siguiente en que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente, para emitir su pronunciamiento. Sin embargo, a diferencia del primer supuesto, si la Contraloría no se pronuncia al respecto, la Entidad queda autorizada para ejecutar y pagar el Adicional de Obra, contrario a lo que sucede en el caso de que la Entidad Pública no se pronuncie en el tiempo establecido por ley, hecho que sólo da lugar a la Ampliación de Plazo.

---

<sup>270</sup> Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, Art. 8º, numeral 8.2: “El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. Puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra. No pueden ser objeto de delegación, la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A de la presente Ley y los otros supuestos que establece en el reglamento”. En concordancia con dispositivo precitado, tenemos lo expuesto en el Artículo 34-A.- Modificaciones convencionales al contrato, que señala: “Sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar, cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad. El Reglamento establece los requisitos y formalidades para estas modificaciones”.

<sup>271</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Art. 176º, numeral 176.2. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual debe ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computa a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.

De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República comunica a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde el inicio del plazo a que se refiere el párrafo precedente, más el término de la distancia. La Entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.

Como bien ya hemos expuesto en los apartados precedentes, la Contraloría efectúa su función de autorizar los Adicionales de Obra mayores al 15% y menores del 50% del monto contratado, en virtud de lo regulado en la Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra", la misma que considera los parámetros necesarios que rigen el rol activo de la Contraloría General de la República en cuanto a la aprobación de Adicionales de Obra.

Dicho esto, cabe recordar que el ámbito al cual nos avocamos en la presente investigación, es aquel referido a la ejecución de Adicionales de Obra sin contar con la debida autorización de manera regular, actuando la Empresa Contratista con mala fe. Siendo así, cabe preguntarnos ¿Corresponde que la Entidad pague por aquel Adicional de Obra ejecutado, sin contar con la debida autorización?, esta interrogante puede ser respondida si nos remitimos fundamentalmente, al cumplimiento de la Finalidad Pública, por cuanto resulta lógico pensar que si un Adicional de Obra ejecutado coadyuva al cumplimiento de las metas del proyecto y consecuentemente cumple con los Fines Públicos, debe ser pagado por la Entidad Pública.

Esta respuesta resulta más factible aún, si nos ubicamos en el escenario en el cual la Entidad Pública en pacto interno con la Empresa Contratista, concuerdan en ejecutar el Adicional de Obra sin contar con la autorización, a fin de que se avance con la ejecución de la Obra, con el compromiso de que se emitirá la autorización para efectuar el pago correspondiente por el Adicional de Obra ejecutado. En este escenario, también podemos evidenciar la ausencia de Buena Fe de ambas partes, en tanto convienen su actuar contradiciendo lo señalado por la ley de la materia, conducta que constituye un actuar incorrecto, es decir de Mala Fe, y que trae como consecuencia lógica que no se pague el Adicional de Obra ejecutado. Sin embargo, creemos que es necesario valorar el resultado final, que se traduce en la satisfacción del Interés Público y el consecuente cumplimiento de la Finalidad Pública.

Ahora bien, si la Entidad Pública decidiera no pagar el Adicional de Obra ejecutado, creemos que estaría inmersa en la figura del Enriquecimiento Sin Causa. Sin embargo,

contraria a la postura del OSCE, respecto a los requisitos necesarios para iniciar acción respectiva, de acuerdo a la Opinión N° 007-2018/DTN, que reconoce como requisito el hecho de que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe<sup>272</sup>; creemos que este requisito no debe ser considerado, en tanto que independientemente de que la Empresa Contratista haya actuado con buena fe o mala fe, si la Entidad Pública no efectúa el pago, estaría incurriendo en Enriquecimiento Sin Causa, y consecuentemente se estaría rompiendo el Equilibrio Económico Financiero del Contrato.

Por lo que, creemos que la Entidad Pública debe efectuar el pago del Adicional de Obra ejecutado sin autorización, siempre que se acredite que su ejecución era necesaria para cumplir con las metas del proyecto y con la Finalidad Pública del mismo, efectuando una especie de ponderación de resultados, que nos lleva a priorizar la Finalidad Pública sobre las formalidades del procedimiento de aprobación.

---

<sup>272</sup> OSCE, Opinión N° 007-2017/DTN, Punto 2.1.4, “De esta manera, para que en el marco de las contrataciones del Estado, se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor (el subrayado es nuestro)”.



## **CAPÍTULO V**

### **PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS**

#### **1. Definición**

Partimos por indicar que tal como ya se ha conceptualizado, en el ámbito del Derecho Civil, un contrato es un acuerdo en el que dos o más partes crean derechos y obligaciones con la finalidad beneficiarse recíprocamente.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho Administrativo, específicamente en las Contrataciones que celebran las Entidades Públicas para la ejecución de Obras Públicas, los denominados “Contratos de Obra Pública”, sabemos bien que cada parte (Entidad Pública y Empresa Contratista) tienen prestaciones y finalidades distintos, pues mientras la Empresa Contratista tiene a su cargo la prestación de ejecutar una Obra Pública, la Entidad Pública tiene a su cargo la prestación de pagar a la Empresa Contratista por la ejecución de la Obra Pública. En cuanto a las finalidades, la Empresa Contratista tiene como finalidad la percepción del pago por la ejecución de la Obra, mientras que su contraparte (la Entidad Pública), busca la satisfacción de los Intereses Públicos de su jurisdicción, y consecuentemente el cumplimiento de sus finalidades públicas.

Siendo así, es evidente que el Contrato de Obra Pública tiene naturaleza sinalagmática, por cuanto genera obligaciones recíprocas para ambas partes desde su origen, hecho que trae como consecuencia que se constituya un equilibrio perfecto entre las prestaciones y finalidades de ambas partes. En consecuencia, si alguna de las partes no cumpliera con la prestación a su cargo, o por hechos externos a la voluntad de las partes, se viera obligada a ejecutar una prestación adicional no prevista originalmente para cumplir con la finalidad del Contrato, estaríamos frente a un supuesto de la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato celebrado.

En palabras de B. Fiorini, “(...) es natural observar cómo el principio del equilibrio económico financiero es considerado como un principio rector de la contratación administrativa, toda vez que tal contratación se basa en la relación recíproca y equivalente

entre las partes. Así, la función del acuerdo es crear relaciones jurídicas recíprocas, cual si fuere la ley de las partes (...).<sup>273</sup>

Ahora bien, para L. Rodríguez Rodríguez, los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones; es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, correspondiéndose unas con otras, considerándose equivalentes entre sí. Entonces, en aplicación de esa idea, el principio del equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones —esto es, entre derechos y obligaciones— se mantenga hasta la finalización del contrato<sup>274</sup>. Del texto precitado, se desprende que el Equilibrio Económico Financiero del Contrato, es considerado como un Principio, pues éste debe regir en toda relación contractual de inicio a fin, estando a cargo de ambas partes el mantenimiento de dicho Equilibrio, y en los casos en los que se genere la ruptura de éste, es obligación también de las partes velar por su restablecimiento.

Para G. Ariño Ortiz, la existencia del principio del equilibrio económico-financiero en los contratos estuvo presente en mayor o menor medida desde la creación del derecho, pues ya en el Derecho romano se podía encontrar algunos antecedentes de esta importante figura<sup>275</sup>. En esa misma línea, A. Dammert Lira indica que este Principio tiene su origen en el Derecho Romano, señalando que “(...) alrededor de los años 30 a.c. aparece el contrato en el Derecho romano; y con este se desarrolla la teoría del Equilibrio Económico – Financiero. Los contratos tienen la particularidad de que sus obligaciones subsisten mientras no cambien excesivamente las circunstancias en que contrataron las partes, ya que en muchos casos inmanejables por las partes el contrato no se puede cumplir respetando estrictamente las condiciones inicialmente pactadas o no se puede cumplir por efectos de circunstancias exógenas a no ser que se ajusten algunas condiciones que permitan restablecer el equilibrio económico – financiero del contrato”<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> B. FIORINI, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995, p. 601.

<sup>274</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, N° 66, Lima 2011, p. 57.

<sup>275</sup> Cfr. G. ARIÑO ORTIZ, “*Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*”, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1968, p.p. 19-20.

<sup>276</sup> A. DAMMERT LIRA, “Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura”, *Revista de Derecho Administrativo*, Lima, 2009, p. 338, citado en Tesis: “Análisis del

Señala J. Santisteban de Noriega y A. Loredó Romero, sostienen que la figura del Equilibrio Económico Financiero surge como respuesta a dos necesidades diferenciadas. La primera referida a la necesidad que tienen las partes contratantes de mantener de forma estable y equivalente las condiciones a las que se obligan dentro del contrato que suscriben, pese a que se susciten situaciones en que las condiciones contractuales varíen de manera sobreviviente, por motivos ajenos a la voluntad de los contratantes, que traiga como consecuencia que alguno de estos pueda verse perjudicado económicamente. La segunda, evidencia el ejercicio de las atribuciones exorbitantes de las Entidades Públicas, en torno a la modificación contractual, respetando el Equilibrio Económico Financiero del contrato, que se traduce en la forma más favorable de cumplimiento de los fines públicos.<sup>277</sup>

En síntesis, el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato surge para cubrir la necesidad de protección a quienes contraten con el Estado, siendo que corren mayor riesgo de verse perjudicados económicamente, en el caso que se produzca algún cambio en las circunstancias de cumplimiento del contrato o del ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado. Por lo que, este principio constituye un elemento indispensable para la validez de las modificaciones que se produzcan, basándose en la simetría en las prestaciones originalmente establecidas. En esa línea, A. Dammert Lira considera al Equilibrio Económico Financiero como una herramienta que habilita a que las partes aseguren de forma juiciosa y equitativa, que las condiciones pactadas inicialmente (utilidades y costos) mantengan un equilibrio.<sup>278</sup>

Ubicados en este contexto, debemos conceptualizar al Equilibrio Económico Financiero del Contrato, para ello podemos citar a L. Rodríguez Rodríguez que considera que: “El principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en

---

Enriquecimiento Sin Causa en las Contrataciones del Estado”, Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2013, p. 25, nota 50.

<sup>277</sup> Cfr. J. SANTISTEBAN DE NORIEGA y Á. LOREDÓ ROMERO, “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública”, *Revista Ius et Veritas*, N° 33, Lima 2006, p. 42.

<sup>278</sup> A. DAMMERT LIRA, “Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura”, citado en Tesis: “Análisis del Enriquecimiento Sin Causa en las Contrataciones del Estado”, cit., p. 25, nota 51.

consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca”<sup>279</sup>.

En consideración al campo que nos ocupa, A. Campos Medina y L. M. Hinostroza Sobrevilla, indican que: “En todo contrato de obra, el postor realiza su oferta basada, principalmente, en dos condiciones: i) el análisis de los documentos de licitación, tanto legales como técnicos (especialmente el expediente técnico), y ii) el análisis de la propia eficiencia del postor para cada actividad (...) Cada uno analiza sus propias eficiencias y los mejores precios que puede ofertar de acuerdo a ella. (...) Mantener en equilibrio esta ecuación que se plasma en la oferta del contratista resulta de vital importancia para que éste no sólo pueda lograr la utilidad esperada sino, para que incluso, no pierda dinero asumiendo con su propio patrimonio el costo de las obras”.<sup>280</sup>

Señala J. Santisteban de Noriega y A. Loredó Romero que el Equilibrio Económico Financiero dentro de un contrato celebrado con el Estado implica que debe reconocerse el derecho del contratista a mantener la ecuación económica del contrato. Así también señala, que la doctrina del equilibrio económico financiero del contrato, se basa en las normas de la justicia conmutativa, toda vez que el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada, y por otro lado, la justicia distributiva, siendo que el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de una obra o servicio público. Por lo que, el equilibrio económico financiero alcanzado entre las partes debe mantenerse inalterable durante toda la vigencia del contrato.<sup>281</sup>

En la mayoría de casos, en el ámbito de los Contratos de Obra, se da el supuesto en el que el Equilibrio Económico Financiero se rompe, causando detrimento a la Empresa Contratista, situación que genera la obligación por parte de la Entidad Pública de

---

<sup>279</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 66, Lima 2011, p. 60.

<sup>280</sup> A. CAMPOS MEDINA y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir”, *Revista de Derecho Administrativo PUCP*, N° 5, Lima 2008, p. 300.

<sup>281</sup> Cfr. J. SANTISTEBAN DE NORIEGA y Á. LOREDÓ ROMERO, “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública”, cit., p. 48.

restablecer el Equilibrio. Ahora bien, cabe preguntarnos ¿Cuál es la forma de restablecer el Equilibrio Económico Financiero de los Contratos de Obra Pública?, respondemos esta pregunta de la manera más lógica, dicho Equilibrio deberá restablecerse en forma de compensación pecuniaria.

Ahora bien, según refiere M. Revollo Puig, la aplicación del Principio de Enriquecimiento Sin Causa conlleva a un círculo vicioso difícil de cortar, ya que el enriquecimiento se considera injusto porque se parte de la preexistencia de un cierto equilibrio de las prestaciones, el mismo que se ha roto en un caso concreto y a su vez se fundamenta la exigencia de este equilibrio, en la prohibición de Enriquecimiento Sin Causa.<sup>282</sup> En síntesis, tenemos dos Principios Generales que se aplican a los Contratos de Obra, por un lado el Principio de Enriquecimiento Sin Causa, y de otro el Principio de Equilibrio Económico Financiero, siendo éste último un pre requisito para la existencia del primero.

Lo anteriormente expuesto, se plasma en el ámbito de los Contratos de Ejecución de Obra, cuando al momento de celebrar un Contrato las partes plantean diversos parámetros para mantener la equivalencia entre sus prestaciones, tales como la Fórmula Polinómica, Reajustes, etc., dando origen a la ecuación económica financiera perfecta (Equilibrio Económico Financiero como principio rector de la Contratación). Sin embargo, esta se ve afectada cuando por motivos sobrevinientes a la celebración del Contrato o por deficiencias en el Expediente Técnico, la Empresa Contratista ejecuta un Adicional de Obra para cumplir las metas del proyecto, y consecuentemente cumplir con la finalidad pública del Contrato, y la Entidad Pública no efectúa el pago correspondiente por el Adicional de Obra ejecutado<sup>283</sup>, hecho que genera la aplicación del Principio prohibición de Enriquecimiento Sin Causa, correspondiendo a la Entidad Pública efectuar el pago a favor del Contratista, a fin de restablecer el Equilibrio Económico Financiero de su relación contractual primigenia. Es decir, que el Enriquecimiento Sin Causa a favor del Estado atenta contra el Equilibrio Económico Financiero del Contrato, favoreciéndose el

---

<sup>282</sup> M. REVOLLO PUIG, “*El enriquecimiento injusto de la administración pública*”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, p. 155.

<sup>283</sup> La Entidad Pública debe pagar los Adicionales de Obra ejecutados, pese a que éstos no cuenten con la autorización respectiva, por no haber seguido el procedimiento correspondiente, caso contrario estaríamos ante un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa por parte de la Entidad Pública, empero previamente deberá acreditarse que el Adicional de Obra ejecutado coadyuva al cumplimiento de las metas del proyecto, y los fines públicos.

Estado a costa del administrado dando se a conocer la ausencia de buena fe en las contrataciones públicas.

De acuerdo a lo expuesto en el acápite que precede, uno de los supuestos en los que podría aplicarse el Principio de Equilibrio Económico Financiero del contrato, podría ser el caso en el que el Contratista realice prestaciones adicionales al contrato en beneficio de la Entidad Pública, sin que se haya cumplido con las formalidades que establecen las normas legales aplicables, caso en el que las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad Pública deben pagarse respectivamente.

El Principio del Equilibrio Económico Financiero también está presente en la Exposición de Motivos del nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que hace referencia en su numeral 3.4.8 a que durante la ejecución del contrato, pueden ocurrir circunstancias que den lugar a que las partes, de común acuerdo, realicen modificaciones al contrato, a fin de cumplir la finalidad del mismo sin afectar las condiciones que dieron origen a la selección del contratista. Asimismo, es menester señalar que los hechos que generen la necesidad de modificar el contrato deben ser sobrevinientes a su perfeccionamiento y no imputables a alguna de las partes, a fin de evitar que alguna de las partes realice actos propios que pretendan generar modificaciones a su favor. Entonces, se evidencia la flexibilización en cuanto a la gestión de los contratos, pues se reconoce la necesidad de que en la ejecución de algunos contratos, se deba realizar modificaciones al mismo, a fin de lograr la finalidad pública que con estos se persigue, debiendo respetar el principio de equilibrio económico contractual.<sup>284</sup>

Asimismo, la Ley de Contrataciones con el Estado señala en su Art. 34°, numeral 34.1<sup>285</sup>, que las modificaciones del Contrato no deben afectar el Equilibrio Económico Financiero,

---

<sup>284</sup> Exposición de Motivos del nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que indica en su numeral 3.4.8.

<sup>285</sup> Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1041, Art. 34°, numeral 34.1, “El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad”.

caso contrario la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

A. C. Alarcón Canchari, refiere que el desequilibrio económico financiero del contrato de obra constituye una doble pérdida, tanto para el Estado como para el contratista, lo que da origen a la necesidad de analizar su viabilidad y mecanismos que habiliten a las partes para poder restablecerlo en aras de encontrar una satisfacción de sus intereses, siendo trascendental para el interés público mantener la vigencia de un contrato de obra, pues solamente con su culminación se podrá ver satisfecha la finalidad para la cual se contrató.<sup>286</sup>

Una premisa importante que debemos tener en cuenta es la denominada cláusula rebus sic stantibus, la misma que es aplicada de manera automática en todos los contratos. En palabras de J. Santistevan de Noriega y Á. Loredó Romero, “Esta cláusula se encuentra sobreentendida en los contratos (...) Implica que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones originarias que se contrataron y que, cuando ello no ocurra y se produzca una transformación de tales circunstancias, se debe restablecer el equilibrio de las prestaciones en la medida en que un hecho extraordinario e imprevisible influya en lo que las partes hubieren previsto y bajo cuya base económica se obligaron, procurando de esta manera el restablecimiento del equilibrio inicial, el equivalente que se buscó, afectado por una excesiva onerosidad sobreviviente”.<sup>287</sup>

## **2. Características del Principio de Equilibrio Económico Financiero**

A nivel doctrinario no es posible obtener un detalle uniforme y específico de las características del Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato Estatal. Sin embargo, si partimos de las diversas definiciones esgrimidas por los diferentes autores, nos permitimos desprender algunos caracteres de este Principio, (en el ámbito de los Contratos celebrado por los Gobiernos Locales), tales como:

---

<sup>286</sup> A. C. ALARCÓN CANCHARI, “La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 44, Lima 2015, p. 281.

<sup>287</sup> J. SANTISTEVAN DE NORIEGA y Á. LOREDÓ ROMERO, “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública”, cit., p. 50.

- Aplicación necesaria en los Contratos celebrados por el Estado.

Partimos de la premisa de que los Contratos que celebran las Entidades Públicas son conmutativos, pues como bien sabemos, para el cumplimiento de su finalidad pública, una Entidad del Estado necesita de la cooperación de otra parte, para lo cual convoca a un Proceso de Selección que tiene como resultado, el otorgamiento de la Buena Pro a favor de una Empresa, y una vez quede consentido dicho otorgamiento, se perfeccionará el Contrato.

Al perfeccionar el Contrato, tanto Entidad Pública como Empresa Contratista, asumen una serie de derechos y obligaciones, destinados al cumplimiento del objeto del Contrato. Cabe indicar, que los Contratos celebrados por las Entidades Públicas son considerados de prestaciones recíprocas, pues de un lado, tenemos el interés que persigue la Empresa Contratista materializada en la percepción económica; y de otro lado, el interés de la Entidad Pública que se plasma en el cumplimiento de sus finalidades públicas. En esa línea, L. Rodríguez Rodríguez señala que los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones.<sup>288</sup>

- Equivalencia entre las prestaciones de la Entidad Pública y la Empresa Contratista.

Esta característica está estrechamente relacionada con lo señalado en el punto anterior, pues en primera instancia se requiere que el Contrato sea conmutativo, a fin de que haya prestaciones recíprocas tanto de la Entidad Pública como de la Empresa Contratista, pero no se agota en esta premisa, sino que también es necesario que dichas prestaciones sean equivalentes.

En ese sentido, M. S. Marienhoff citado por L. Rodríguez Rodríguez, señala que la doctrina especializada ha definido el principio del equilibrio económico del contrato en los siguientes términos: “el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre

---

<sup>288</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, cit., p. 57.



un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)”<sup>289</sup>

Es justamente esta la esencia del Principio de Equilibrio Económico Financiero, pues la equivalencia entre las prestaciones de la Empresa Contratista y las de la Entidad Pública, deben ser equitativas, de modo tal que ninguna de éstas se vea desfavorecida en ningún aspecto. En el tema que nos ocupa, los Contratos de Obra Pública, el monto que percibirá la Empresa Contratista deberá ser equivalente a la prestación de ejecución de la Obra que efectuará a favor de la Entidad Pública, lo que trae como consecuencia que se tenga un perfecto equilibrio de intereses de ambas partes.

#### ● Finalidad Pública

Como bien sabemos, la finalidad pública es el pilar fundamental de toda contratación que realizan los Gobiernos Locales, y que consisten en la satisfacción del Interés Público de la sociedad.

Según indica R. Gandolfo Cortés, “(...) el artículo 34.1 que permite la modificación del contrato con el objeto de alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, pero que al mismo tiempo prohíbe que, en el ejercicio de esta opción, se afecte el equilibrio económico financiero del contrato, en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada, para restablecer aquello que puede haber desaparecido o reconstruir aquello que se hubiere destruido, en cumplimiento del principio de equidad, que es uno de los que inspiran la norma y en cuya virtud las prestaciones y los derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”.<sup>290</sup>

Siendo así, debemos tener en cuenta que a efectos de cumplir con sus finalidades públicas, los Gobiernos Locales (Entes Públicos) se orientan a la aplicación del Equilibrio

---

<sup>289</sup> M. S. MARIENHOFF, “*Contratos administrativos. Teoría general*”, Tratado de Derecho administrativo, Tomo III-A, Cuarta edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, p. 469, citado por L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “*El equilibrio económico en los contratos administrativos*”, cit., p. 57, nota 3.

<sup>290</sup> R. GANDOLFO CORTÉS, “El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado”, *Revista Arbitraje PUCP*, N° 6, Lima 2016, p. 68.

Económico, pues de lo contrario, ninguna Empresa Contratista tendría la confianza suficiente para contratar con el Estado, si no tuviera la convicción de que éste último, cumplirá de manera equitativa con sus obligaciones.

- Obligación de las partes celebrantes de mantener su vigencia durante el plazo pactado en el Contrato.

Este punto no requiere de mayor explicación, en tanto debemos tener dos cosas en claro, la primera entorno a las condiciones del contrato, y en segundo lugar, la obligación de las partes de mantener el Equilibrio Económico Financiero del contrato celebrado, durante todo el periodo contractual.

Al respecto, L. Rodríguez Rodríguez señala que es claro que, “(...) en los contratos de la administración pública, las partes contratantes pactan unas determinadas prestaciones que son correspondientes entre sí, las cuales deben mantenerse durante toda la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo. La modificación de estas condiciones, incluso por razones ajenas a los cocontratantes, generan una alteración o una ruptura en el equilibrio económico del contrato, de donde nace el deber de restablecer las condiciones previstas al momento de proponer —en caso de licitación o concurso público— o de contratar —en caso de contratación directa”.<sup>291</sup>

En consecuencia, podemos concluir que el Equilibrio Económico Financiero del contrato implica que durante la ejecución del mismo, deba mantenerse una equivalencia entre las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, de acuerdo a las condiciones iniciales en las que suscribieron el contrato.

### **3. Ruptura de Equilibrio Económico Financiero de los contratos estatales**

Tal como hemos visto en los apartados precedentes, el mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero es una obligación tanto de la Entidad Pública como de la Empresa Contratista. Sin embargo, también sabemos que este Equilibrio perfecto puede

---

<sup>291</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, cit., p. 59.

quebrantarse por diversos factores, que serán materia de análisis en este apartado, y traen como consecuencia el deber de restablecer el Equilibrio Económico Financiero.

### **3.1 Causales de Ruptura reconocidas en la doctrina**

#### **a. Potestas variandi**

Como bien sabemos, el Estado puede modificar de manera unilateral el contenido de los contratos, siempre que esos cambios se justifiquen en fines generales, esta es una potestad de las Entidades Públicas, el Ius Variandi o también conocido como el Potestas Variandi.

Según, A. Céspedes Zavaleta, “El poder con que cuenta el Estado para modificar los contratos administrativos se concibe fundamentalmente en términos de potestad y no de derecho subjetivo, en consecuencia esta potestad encuentra su correspondencia no en las relaciones de general sujeción de los administrados, sino en aquellas relaciones nacidas de un título concreto; de ahí que, a veces, aunque sobre ello existen discrepancias, se la haya caracterizado como potestad doméstica o de supremacía especial. Precisamente esta posibilidad de modificación del contrato administrativo por motivos de interés público, sin necesidad de previsión contractual es la prerrogativa que aporta una verdadera peculiaridad de fondo al régimen de la contratación administrativa”.<sup>292</sup>

Según R. Dromi, la esencia del Potestas Variandi reside en la posibilidad que se le atribuye a las Entidades Públicas de alterar de manera unilateral los términos de las prestaciones pactadas, adaptando el contrato a las necesidades públicas, debido a que al fin económico privado se antepone la necesidad pública colectiva interesada con su ejecución.<sup>293</sup>

En palabras de L. Rodríguez Rodríguez, la Potestas Variandi es una de las causales de rompimiento del Equilibrio Económico Financiero, y consiste en que la Entidad Pública contratante al hacer uso legal de poderes conferidos por una cláusula exorbitante, genera

---

<sup>292</sup> A. CÉSPEDES ZAVALETA, “La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 01, Lima 2006, p. 209.

<sup>293</sup> R. DROMI, “*Renegociación y reconversión de los contratos públicos*”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996, p. 19.

una alteración anormal en la economía del contrato, haciendo más gravosa su ejecución para una de las partes. El referido autor señala además que esta figura encuentra su fundamento en el necesario equilibrio que debe existir entre las prerrogativas administrativas y las garantías ciudadanas.<sup>294</sup>

El autor precitado hace mención de las particularidades de la figura de la Potestas Variandi, tales como:

- El acontecimiento que produce la alteración de las condiciones contractuales debe consistir en el ejercicio legal de una potestad contractual por parte de la Administración contratante<sup>295</sup>, pues contrario sensu estaríamos ante un acto negligente por parte de la Entidad Pública contratante, que conlleva a la determinación de responsabilidades administrativas.
- El acto que altere las condiciones contractuales debe ser posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, y a la vez anterior a la finalización del cumplimiento de las obligaciones por el cocontratante<sup>296</sup>, por cuanto si el acto es posterior a la ejecución del contrato, no habría perjuicio a la Empresa, porque ya no habría vínculo contractual.
- El contenido del acto que altere las condiciones contractuales debe constituir un alea extraordinario. Al respecto podemos señalar que el contenido (más no la expedición) del acto no debe ser previsible al momento de presentar las propuestas o suscribir el contrato<sup>297</sup>.
- El acto debe alterar la economía del contrato, haciéndolo más gravoso.<sup>298</sup> Lo cual deja en evidencia el perjuicio ocasionado a la Empresa, a consecuencia de la acción unilateral de la Entidad Pública respecto a las condiciones del contrato.

---

<sup>294</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “*Régimen del Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos Estatales*”, en Séptimo Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima 2009, p. 557.

<sup>295</sup> *Ibídem*, p. 557.

<sup>296</sup> *Ibídem*, p. 558.

<sup>297</sup> Cfr. *Ibídem*, p. 558.

<sup>298</sup> *Ibídem*, p. 558.

Dicho esto, es evidente que la Entidad Pública está en la obligación de compensar a la Empresa Contratista. Siendo así, la Potestas Variandi otorga la posibilidad a la Entidad Pública de modificar el contrato administrativo por motivos de Interés Público, es decir que sólo por motivos de interés público, la Entidad puede hacer uso efectivo de esta potestad, a sabiendas del perjuicio que puede ocasionar a la Empresa Contratista, debiendo posteriormente compensarla para restablecer el Equilibrio Económico – Financiero.

## **b. Teoría Del Hecho Del Príncipe**

Es una de las causales de ruptura del Equilibrio Económico Financiero. Al respecto Z. E. Chávez Torres señala que “(...) se puede explicar cómo la alteración provocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública”<sup>299</sup>.

Así también, L Rodríguez Rodríguez refiere que la Teoría del Hecho del Príncipe tiene dos sentidos, uno lato y otro estricto; el primero se refiere a que toda intervención de los poderes públicos (cualquier órgano del Estado) que afecte de cualquier forma, directa o indirecta, la ejecución del contrato; y el segundo, se refiere a que la autoridad pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto a las condiciones de su ejecución.<sup>300</sup>

El referido autor señala también que en el régimen actual de los contratos administrativos es concebido como una de las causales de ruptura del Equilibrio Económico Financiero, que se presenta por la “expedición de actos jurídicos o por actuaciones materiales, generales o particulares, de la entidad administrativa contratante, en ejercicio de

---

<sup>299</sup> Z. E. CHAVEZ TORRES, “La Teoría del Hecho del Príncipe en los Contratos Administrativos” en XII Congreso Internacional en Ciencias Administrativas, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México 2013, p.6.

<sup>300</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “*Régimen del Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos Estatales*”, cit., p. 559.

atribuciones como autoridad pública y no como parte del contrato, que lo afectan haciendo considerablemente más oneroso para una de las partes su fiel cumplimiento”.<sup>301</sup>

Entonces, podemos considerar que la Teoría de Hecho del Príncipe se concibe como un decisión que emana de la Entidad Pública que celebró el contrato, en su condición de tal, que trae consigo un perjuicio directo al contratante particular, el mismo que no es previsible al momento de celebrar el contrato, y que consecuentemente produce una alteración anormal de su Equilibrio Económico Financiero.

Ahora bien, refiere L. Rodríguez Rodríguez que no basta con la expedición del acto perturbador de las condiciones de ejecución del contrato, sino que además se requiere una serie de particularidades adicionales, tales como:

- El hecho que produce la alteración de las condiciones contractuales debe consistir en una actuación de la Entidad Pública contratante en su calidad de Autoridad Pública. En este aspecto, se aclara que la actuación de la Entidad Pública es como Autoridad más no como parte del contrato, alterando las condiciones exteriores en que deben ser ejecutadas las obligaciones a cargo del Contratista, más no se alteran las prestaciones contenidas en el contrato mismo. Cabe indicar que la actuación de la Entidad Pública no sólo se configura con la emisión de un acto administrativo, sino también puede ser material (hechos, omisiones y operaciones administrativas).<sup>302</sup>
- El acto que altera las condiciones contractuales debe ser posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato. De manera clara entendemos que la actuación que ejerza la Entidad Pública debe estar dentro de la Etapa de Ejecución Contractual, pues de ser anterior, podríamos sólo limitarnos a declarar la nulidad del Contrato, no siendo aplicable el Principio de Equilibrio Económico Financiero.
- El contenido del acto administrativo que altere las condiciones contractuales debe constituir un alea extraordinario. L. Rodríguez Rodríguez al respecto menciona que aun contando con el comportamiento diligente de las partes al momento de perfeccionar el

---

<sup>301</sup> *Ibíd*em, p. 559.

<sup>302</sup> *Ibíd*em, p. 560.

contrato, no se pudo prever los hechos riesgosos durante la ejecución contractual.<sup>303</sup> Es decir, que habiendo tomado todas las previsiones se suscribe el contrato, posteriormente surgen actuaciones de la Entidad Pública que afectan las condiciones del contrato durante su etapa ejecutiva.

- El acto debe alterar en forma extraordinaria y anormal la economía del contrato haciéndolo considerablemente más gravoso. Esto implica que el valor de la ejecución termina siendo considerablemente más gravoso que el que se pactó originalmente, motivo por el cual, la parte perjudicada debe probar que el daño reúne las características suficientes para ser indemnizable.

Ahora bien, es preciso hacer mención de los efectos que trae la aplicación de la Teoría de los Hechos del Príncipe. Así, L. Rodríguez Rodríguez, advierte que tiene un carácter de orden público, pues resulta ilegal cualquier estipulación que exima de responsabilidad a la Entidad Pública por las actuaciones que afecten las condiciones del contrato. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la necesidad de continuar con la prestación del servicio público, a fin de afectar al cumplimiento de los fines públicos, así como habilitar el derecho a la indemnización integral a favor del contratista (resarcimiento de mayores costos).<sup>304</sup> Frente a esto, debemos tener claro que, la compensación de por sí es exigible por la actuación propia de la Entidad Pública al haber roto el Equilibrio Económico Financiero del Contrato, generando mayores gastos a la Empresa Contratista, es una medida para restablecer el Equilibrio más no una sanción. Sin embargo, la indemnización tendrá lugar de comprobarse el perjuicio excedente a la Empresa Contratista, entendiéndose como una medida efectiva para resarcir.

### **c. Teoría de la imprevisión**

Una de las causales de ruptura del Equilibrio Económico Financiero son las situaciones anormales, aquellas que no se pueden prever. En ese sentido, para L. de la Maza esta teoría se define como “La doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que (...) cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las

---

<sup>303</sup> *Ibídem*, p. 561.

<sup>304</sup> *Ibídem*, p. 561.

partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas”<sup>305</sup>.

Según J. Quiros Sánchez, la Teoría de la imprevisión, también es conocida como riesgo imprevisible, lesión sobreviniente o azar económico, y refiere que “(...) Dicha teoría se fundamenta en los principios de buena fe, justicia distributiva, equidad, no enriquecimiento sin causa justa y responsabilidad extracontractual del Estado basada en el principio de no dañar a otro, ya que de sobrevenir la ruina del contratista, el bien o servicio se vería afectado y el Estado tendría que emprender nuevamente sobre la base de las condiciones económicas imperantes, distintas a las que existían al convenir el contrato anterior, asumiendo de cualquier forma el sobrecosto y sin tener que pagar un sobreprecio cuando esos han caído, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que aduce los hechos constitutivos de su derecho, ya que no basta con mencionarlo, sino que debe ser probado”<sup>306</sup>.

En esa línea, L. Rodríguez Rodríguez señala que con posterioridad a la celebración del contrato ocurren hechos o situaciones anormales, imprevistas y extrañas a los cocontratantes, que afectan las condiciones de cumplimiento que se tuvieron en cuenta al momento de pactar las prestaciones debidas, haciendo mucho más grave y onerosa para alguna de las partes la ejecución correcta del contrato. Además, dichas situaciones se producen con posterioridad a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, y generan una alteración anormal en la economía del mismo, haciéndolo más gravoso.<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> DE LA MAZA R. LORENZO, “La teoría de la imprevisión”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXX, Santiago de Chile 1933, extraído de [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza\\_l/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_l/html/index-frames.html).

<sup>306</sup> J. QUIRÓS SÁNCHEZ, “Teoría del Equilibrio Económico – Financiero del Contrato”, *Revista Tecnológica MOPT*, volumen 12-14, Costa Rica 2006, p.6.

<sup>307</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “Régimen del Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos Estatales”, cit., p .562.



Para el precitado autor, la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el ámbito de los Contratos Administrativos, se fundamenta en la necesidad de prestación continua y eficiente del servicio público, en los principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas y la garantía del patrimonio de los particulares, la justicia contractual y el carácter conmutativo del contrato administrativo. Esta última referencia, se debe a que únicamente es posible invocar la imprevisión en los contratos conmutativos y de tracto sucesivo o de ejecución diferida en el tiempo.

En ese mismo sentido, B. Fiorini citado por J. Santistevan de Noriega y Á. Loredó Romero, señala que cuando el Estado a través de un órgano distinto al que suscribió el contrato original, genera la imposibilidad de cumplimiento de este, generando que no pueda cumplirse de manera normal, se dice que tienen resultados similares a la fuerza mayor o caso fortuito. Del mismo modo, no se podría concebir un incumplimiento contractual por parte del Estado debido a que el la situación imprevista no forma parte de las relaciones creadas por el contrato<sup>308</sup>.

Ahora bien, L. Rodríguez Rodríguez hace referencia a las particularidades para la aplicación de esta Teoría, detallándolas de la siguiente manera<sup>309</sup>:

- El hecho que produce la alteración de las condiciones contractuales debe ser extraño o ajeno a las partes. En cuanto a este punto, no es necesario hacer mayor referencia al respecto, pues a diferencia de la Teoría de los Actos del Príncipe, esta Teoría se caracteriza por la exclusión de hechos voluntarios por alguna de las partes.
- El hecho que altere las condiciones contractuales deber ser posterior a la presentación de la propuesta o a la celebración del contrato. Sin embargo, este hecho debe ser de carácter transitorio, es decir que no debe impedir el cumplimiento del contrato de manera definitiva, sino que altera el equilibrio de manera temporal.

---

<sup>308</sup> BARTOLOMÉ A. FIORINI, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995, p. 612, citado por J. SANTISTEVAN DE NORIEGA y Á. LOREDO ROMERO, “*El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública*”, cit., p. 48, nota 76.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 562-563.

- El hecho que altere las condiciones contractuales debe constituir un alea extraordinario. Es decir, que la situación sea razonablemente imprevisible al momento de perfeccionar el contrato.
- La alteración debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la parte perjudicada (Empresa Contratista) tiene el deber de probar que la alteración de las condiciones del contrato administrativo, causa un grave perjuicio económico.

Por último, podemos señalar que esta Teoría da plena vigencia al interés general, en tanto se logra una prestación continua y eficiente de los servicios públicos, pues pese a que se evidencien estas situaciones imprevistas, la Empresa tiene la obligación de continuar con el cumplimiento del contrato, con la respectiva compensación, más no indemnización, por cuanto dicha situación es ajena a la voluntad de las partes.

### **3.2 La ruptura del equilibrio económico financiero en el Perú**

Al igual que en otras legislaciones, en el Perú la figura del Equilibrio Económico Financiero es reconocida como una premisa aplicable a todos los contratos con prestaciones recíprocas.

Ahora bien, nos vamos a remitir al ámbito que no ocupa en la presente investigación, este es el de las Contrataciones Estatales (ámbito administrativo), en los cuales tenemos como partes intervinientes a la Entidad Pública y a la Empresa Contratista.

Tal como se ha visto en los capítulos precedentes, y parafraseando a A. Campos Medina y L. M. Hinostroza Sobrevilla, el contrato de obra es aquel por el cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada, constituyendo ésta el objeto de este contrato; es decir que el objeto pactado por las partes es el resultado, más no la actividad de la ejecución, y adicionalmente tiene la particularidad de servir al interés público. Del mismo modo, el mencionado autor indica que se podría pensar que el contratista está obligado a ejecutar

una obra que satisfaga el Interés Público, de lo contrario estaría incurriendo en incumplimiento de contrato. Sin embargo, creemos al igual que el referido autor, que dicha afirmación es incorrecta, por cuanto, la Entidad Pública es quien debe definir la forma cómo la obra debe ejecutarse para satisfacer el interés público, siendo la Empresa Contratista quien debe ejecutar fielmente las instrucciones detalladas en el Expediente Técnico, actividad con la cual se libera de su obligación contractual, pese a que luego se determine que la misma no sirve el mejor interés público<sup>310</sup>.

Para A. C. Alarcón Canchari, es principio jurídico que los contratos permanezcan inalterables en cuanto a las obligaciones asumidas por las partes, encontrándose establecida en el Art. 1361<sup>311</sup> del Código Civil, sin embargo esta obligatoriedad tiene excepciones, como la prevista en el Art. 1140<sup>312</sup>, que hace referencia a los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles como generadores de la excesiva onerosidad<sup>313</sup>.

En síntesis, es evidente que en primera instancia los contratos no deben alterarse, empero hay excepciones que pueden suscitarse en el caso de los Contratos de Obra, tales como las variaciones de los costos de la obra pública, sea por carencias, errores en el Expediente Técnico, o por eventos ajenos a las partes contratantes, que traen como consecuencia la modificación del Contrato originalmente pactado.

En la actualidad se observa que la Ley de Contrataciones con el Estado ha incorporado la figura del Equilibrio Económico Financiero, por el cual se busca que en el supuesto que se realice alguna modificación al contrato, se mantengan las condiciones que posibilitaron la

---

<sup>310</sup> A. CAMPOS MEDINA Y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 5, Lima 2008, p.p. 299-300.

<sup>311</sup> Código Civil, Art. 1361°.- “Artículo 1361°.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

<sup>312</sup> Código Civil, Art. 1140°.- “Artículo 1440°.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

<sup>313</sup> A. C. ALARCÓN CANCHARI, “La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública”, cit., p.280.

suscripción del mismo.<sup>314</sup> En ese sentido, la compensación económica es la respuesta a un perjuicio que se cause, y que a su vez constituye el medio adecuado para restablecer el Equilibrio Económico Financiero, hecho que se infiere de lo establecido en el Art. 34º, numeral 34.1 de la Ley de Contrataciones con el Estado que señala a la letra: “(...) la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad<sup>315</sup>”. Con esta disposición es evidente que no se hace más que brindar mayor fundamento a la obligación de las partes de mantener siempre el Equilibrio Económico Financiero de un contrato.

Para explicar el Equilibrio Económico Financiero, A. Campos Medina y L. M. Hinostroza Sobrevilla usan la metáfora de “Las Cuatro Patas de la Mesa”<sup>316</sup> refiriendo que “Mantener en equilibrio esta ecuación que se plasma en la oferta del Contratista resulta de vital importancia para que éste no sólo pueda lograr la utilidad esperada sino, para que incluso, no pierda dinero asumiendo con su propio patrimonio el costo de las obras”. Asimismo, para el referido autor existen cuatro elementos cuya afectación altera el Equilibrio Económico Financiero de un Contrato de Obra. Estos son: a) Precio, b) Plazo, c) Secuencia Constructiva y d) Expediente Técnico. Entonces, tal como señala el citado autor, “(...) si el esfuerzo del contratista se ve incrementado por razones que no le son atribuibles, como por ejemplo, el cambio del Expediente Técnico derivado de errores en el proyecto o por la

---

<sup>314</sup> El respeto por el Equilibrio Económico Financiero del Contrato es reconocido en la Ley de Contrataciones con el Estado modificado mediante Decreto Legislativo N° 1341, que señala en su Art. 34º, numeral 34.1” El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad (...).”.

<sup>315</sup> Ley de Contrataciones con el Estado modificado mediante Decreto Legislativo N° 1341, Art. 2º, literal I) “Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”.

<sup>316</sup> Cuando a una mesa le hace falta una de sus cuatro patas se produce un desequilibrio, lo mismo sucede con el contrato de obra pues cuando uno de sus cuatro elementos (Precio, Plazo, Secuencia Constructiva y Expediente Técnico) se ve afectado, se produce un desequilibrio que resulta afectando a una de las partes contratantes. (A. CAMPOS MEDINA Y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “*El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir*”).

perturbación de la secuencia constructiva asumida por el postor para determinar su eficiencia, la contraprestación, debe incrementarse también”<sup>317</sup>.

Siendo así, podemos señalar que debe haber una coexistencia de los intereses de ambas partes, de un lado la Potestad de la Entidad Pública de modificar las condiciones del Contrato de Obra (Ius Variandi), y del otro, el derecho de la Empresa a que se mantenga el Equilibrio Económico Financiero del contrato. Nótese que nos referimos a coexistencia, pues estos conceptos no se contraponen entre sí, sino que por el contrario, estos deben complementarse por cuanto debemos partir por la situación de desventaja en la que se encuentra el Contratista respecto del poder estatal materializado en el Ius Variandi, situación que da lugar a que éste se vea protegido por el Equilibrio Económico Financiero del contrato, que de modo alguno le da la seguridad de que las condiciones del contrato se mantendrán durante toda su vigencia, y en el caso de modificaciones que incrementen el valor de la Obra, éstas serán compensadas de manera debida, a efectos de mantener el equilibrio de sus prestaciones.

### **3.3 La ruptura del Equilibrio Económico Financiero en la doctrina y legislación comparada**

El Equilibrio Económico Financiero de los Contratos debe ser considerado como un Principio General aplicable a todos los contratos conmutativos que se suscriben, pues es evidente que si un sujeto suscribe un contrato busca satisfacer un Interés, a través del cumplimiento de sus obligaciones y preservación de sus derechos durante la vigencia del contrato. Dicho esto, los Contratos Administrativos no son una excepción a la aplicación de este Principio, pues sobre todo en estos casos se refleja la asimetría en la relación contractual entre la Entidad Pública contratante y la Empresa Contratista, que en muchos casos produce la ruptura del Equilibrio Económico Financiero, en virtud de las cláusulas exorbitantes de las que se dota a la Entidad Pública, que sólo podrán hacerse efectivas en la medida que coadyuven al cumplimiento de los fines públicos y se compense a la Empresa Contratista por la afectación a dicho Principio.

---

<sup>317</sup> A. CAMPOS MEDINA Y L. M. HINOSTROZA SOBREVILLA, “El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir”, cit., p. 300.

Según A. de Laubadère e Y. Gaudemet citados por L. Rodríguez Rodríguez, conforme la doctrina tradicional “Esta idea de equilibrio o, como se dice aún, de ecuación financiera del contrato, consiste en considerar el contrato administrativo como un conjunto en el cual los intereses de las partes se condicionan; cuando, en algunas condiciones (...), el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular cocontratante, este tiene derecho para que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria”<sup>318</sup>.

Ahora bien, en otros países también se aplica la figura del Equilibrio Económico Financiero, tal es el caso de:

- Costa Rica, que según E. López Jiménez, se cautela el derecho de mantenimiento del Equilibrio Económico y Financiero de los Contratos Administrativos refiriendo que la doctrina mayoritaria encuentra un fundamento distinto y lo encuadran en los principios de justa distribución de las cargas públicas, justo precio y enriquecimiento sin causa<sup>319</sup>. Asimismo, el referido autor hace referencia también al Voto 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que parte de la definición de contrato administrativo dado que como afirma la doctrina a través de G. Ariño Ortiz “La solución sobre la equivalencia que debe presidir los contratos onerosos dependerá de cuál sea el concepto que se tenga del contrato, de su sentido y alcances en la vida jurídica y cual sea el juego, en su seno, de las obligaciones y derechos que de él nacen, para una mejor realización de la justicia”<sup>320</sup>.

Ahora bien, el voto 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, hace referencia a particularidades, de las cuales mencionaremos algunas de las más importantes: I) La teoría del equivalente económico es la reacción que el ordenamiento jurídico costarricense prevé para garantizar el principio de intangibilidad patrimonial en los

---

<sup>318</sup> A. DE LAUBADÈRE E Y. GAUDEMET, “*Traité de droit administratif*”, Tomo I, 16ª Edición, París 2001, p. 706, citado por L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “*El equilibrio económico en los contratos administrativos*”, cit., p. 58, nota 4.

<sup>319</sup> E. LÓPEZ JIMÉNEZ, “La Teoría del Equilibrio Económico y Financiero de los Contratos Administrativos En Costa Rica”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 132, Costa Rica 2013, p. 151.

<sup>320</sup> G. ARIÑO ORTIZ, “*Teoría del equivalente económico en los contratos administrativo*”, 1ª Edición, Instituto de Estudios Administrativo, España 1968, p. 6, citado por E. LÓPEZ JIMÉNEZ, “*La Teoría del Equilibrio Económico y Financiero de los Contratos Administrativos En Costa Rica*”, cit., p. 143, nota 6.

contratos administrativos; II) Del concepto mismo de contrato administrativo se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos dado que el contrato responde al tipo de los contratos que son onerosos pero también conmutativos; III) La existencia de riesgos y circunstancias no previstas en el momento de formalización del contrato, pueden afectar las prestaciones (...) y IV) El Equilibrio de la Ecuación Financiera del contrato, como tema y desarrollo de un principio constitucional, no permite ni el extremo perjuicio injustificado a cargo del contratista, ni el enriquecimiento ilícito para ninguna de las partes, esto último extraído de la Jurisprudencia Constitucional<sup>321</sup>. Además, señala el autor que se tienen Principios del Equilibrio Económico Financiero, tales como: i) Riesgo y ventura<sup>322</sup>, ii) Hecho del Príncipe, iii) Ius Variandi o modificación unilateral, iv) Sujétions imprévues<sup>323</sup>, v) Teoría de la Imprevisión y vi) Reajuste de Precios/Ajuste de Tarifas, siendo que éstos generan ruptura del Equilibrio Económico Financiero, el cual debe restablecerse de manera inmediata.

- Ahora nos remitimos a la legislación Colombiana, la misma que en palabras de L. Rodríguez Rodríguez señala que el Consejo de Estado de Colombia refiere que: “Ha sido una constante en el régimen jurídico de los contratos que celebra la administración pública, reconocer el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, como quiera que la equivalencia de las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista, constituyen principios esenciales de esa relación con el Estado”.<sup>324</sup> En esa línea, tenemos lo prescrito por la Ley 80 de 1993 que reconoce como un Principio General de la Contratación en el ámbito administrativo, el derecho de los contratistas a que se mantenga la equivalencia en las prestaciones pactadas,

<sup>321</sup> Cfr. E. LÓPEZ JIMÉNEZ, “*La Teoría del Equilibrio Económico y Financiero de los Contratos Administrativos En Costa Rica*”, cit., p.p. 144-146.

<sup>322</sup> E. JIMÉNEZ MEZA respecto al Riesgo y Ventura indica que en “Costa Rica se regula el principio de riesgo pero no así el principio de ventura para “para mantener la exigida proporcionalidad entre la desventura y la ventura, siendo que su inclusión daría un mejor ángulo de precisión conceptual, aún cuando no por su falta de regulación positiva deje de estar como principio objetivo de la relación contractual”.

<sup>323</sup> “Se trata de una teoría especial (por lo menos en la práctica) de los contratos de obras públicas. Supone dificultades de orden material que las partes no podrían prever y que hacen recaer una carga grave y anormal sobre el empresario (p. ej., el encuentro de una capa de agua, que no se podía sospechar, al hacer un túnel)” Véase R. E. GRANILLO OCAMPO, “*Distribución de riesgos en la contratación administrativa*”, 1º Edición, Editorial Astrea, Argentina 1990, p.59.

<sup>324</sup> Sentencia del 29 de mayo de 2003 del Consejo de Estado, Expediente 14.577, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, citado por L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “*El equilibrio económico en los contratos administrativos*”, cit., p. 59, nota 11.

el cual se prescribe de manera específica en el Art. 27<sup>o325</sup> de la referida Ley, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 4º numeral 8 y 9<sup>326</sup>, referidos a los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales para la obtención de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Ello, partiendo del respeto del mantenimiento del Equilibrio Económico Financiero del Contrato, y en aquellos casos donde se vea afectado el mismo, se toma las acciones inmediatas para su restablecimiento.

- Del mismo modo, podemos hacer referencia a la postura tomada en República Dominicana, que en palabra de R. R. Dickson Morales refiere que “Uno de los derechos que tiene el particular que contrata con la Administración Pública es el mantenimiento del equilibrio económico, que como ya hemos señalado, constituye la contrapartida fundamental de las potestades que tiene la Administración Pública, a los fines de satisfacer el interés público. Así pues de manera expresa, en el ordenamiento dominicano, la Ley N° 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones en su Art. 32º, numeral 1<sup>327</sup>, respecto de los derechos del contratista respecto de los ajustes de las

---

<sup>325</sup> Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Art. 27º.

“Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, (...) En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

<sup>326</sup> Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Art. 4º sobre Derechos y Deberes de las Entidades Estatales para la obtención de los fines estatales:

“Numeral 8.- Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. (...).

Numeral 9.- Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

<sup>327</sup> Ley N° 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones en su Art. 32º.- “Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de condiciones o en la documentación contractual, el contratista tendrá:

1.- El derecho a los ajustes correspondientes de las condiciones contractuales, cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, con relación a las condiciones existentes al momento de la presentación de propuestas, que devuelvan el equilibrio económico del contrato (...).”.



condiciones contractuales cuando surjan situaciones imprevisibles”<sup>328</sup>. Asimismo, el referido autor indica además que desequilibrio económico del contrato público se podría presentar debido a: “i) Modificaciones realizadas directamente por la Administración Pública debido a sus potestades que impacten el Equilibrio Económico del Contrato; ii) Intervenciones administrativas de tipo general, los actos del Estado o *factum principis*, que no sean referidas exclusivamente a un contrato público en concreto, pero que suponga un cambio en las condiciones económicas del mismo y iii) Cualquier evento, sea extraordinario o imprevisible, que de alguna manera desequilibre la equivalencia o equilibrio inicial del contrato público”<sup>329</sup>. Siendo así, se infiere que en la República Dominicana, el Equilibrio Económico Financiero en el ámbito de las contrataciones públicas es tanto una obligación de la Entidad Pública, como un derecho de la Empresa Contratista, toda vez su restablecimiento se fundamenta en razones del Interés Público.

- Mientras tanto, en la legislación Uruguay, tenemos lo prescrito en el Art. 17°<sup>330</sup> de la Ley N° 18.786, que regula el Régimen de Participación Público Privado, referido al contenido del contrato, señalando que “(...) tanto al elaborar las bases generales de contratación, así como el proyecto y el contrato, deben preverse causas y procedimiento para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del

---

<sup>328</sup> R. R. DICKSON MORALES, “Breve reseña sobre el Equilibrio Económico en la Contratación Pública y su tratamiento en República Dominicana”, en VII Jornadas de Mariñan, España 2014, p. 7.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>330</sup> Ley N° 18.786, que regula el Régimen de Participación Público Privado, Art. 17° (Contenido del contrato).-

“Los Contratos de Participación Público-Privada deberán incluir necesariamente, y sin perjuicio de las demás estipulaciones necesarias o que acuerden las partes, los siguientes aspectos:

A) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto.

B) Condiciones de reparto de riesgos entre el contratante y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costos de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones, entre otros.

C) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de los servicios, obras y suministros y las condiciones en que deberán ser puestos a disposición de la Administración Pública contratante.

D) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costos de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos.

E) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato y criterios aplicables respecto del mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico-financiera del contrato si correspondiera (...)”.

contrato y criterios aplicables respecto del mantenimiento del equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato si correspondiere (...)”<sup>331</sup>.

Tal como se puede apreciar, la mayoría de legislaciones reconoce a la Potestas Variandi, Hecho del Príncipe y Teoría de la Imprevisión como causales de ruptura del Equilibrio Económico Financiero, es decir que es casi uniforme la postura en torno a estos conceptos. Se evidencia en todos los casos que la Entidad Pública contratante debe restablecer el Equilibrio Económico Financiero, como parte de las obligaciones que tiene a su cargo.

### **3.4 El Restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero**

Partimos por recordar que el ámbito materia de estudio, es aquel referido a las Contrataciones Estatales, de manera específica las Contrataciones para Ejecución de Obra Pública, en el ámbito de los Gobiernos Locales (Entidad Pública). Dicho esto, es evidente que en virtud de todo lo expuesto a lo largo de este capítulo, podemos concluir que el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero del Contrato es la respuesta a la afectación de los intereses de la Empresa Contratista, por cuanto al verse perjudicada, corresponde que la Entidad Pública la compense de manera proporcional. En ese sentido, no dudamos en concebir como un deber, el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero, en tanto se origine como resultado de hechos ajenos a las partes, o hechos de la parte no perjudicada.

Parafraseando a A. C. Alarcón Canchari a través del Equilibrio Económico Financiero, se busca que el costo de la obra sea el adecuado y esté estrictamente limitado conforme al Expediente Técnico y a las disposiciones de la Entidad Pública contratante, satisfaciéndose de esta manera el interés público. Entonces, el Equilibrio Económico Financiero del contrato constituye una garantía para que el contrato alcance la Finalidad Pública, así como la Finalidad de la Empresa Contratista. Sin embargo, tal cual refiere el citado autor, una de las características del contrato de obra es el riesgo que asume el contratista, sea a suma

---

<sup>331</sup> M. ARAMENDÍA FALCO, “El Equilibrio Financiero En La Contratación Administrativa”, en XI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, Uruguay 2018, p. 9.

alzada o a precios unitarios. Cabe indicar, que el riesgo al que se hace referencia es a la variación ostensible de los costos por razones ajenas a las partes contratantes<sup>332</sup>.

Ahora bien, L. Rodríguez Rodríguez<sup>333</sup> hace referencia a las condiciones generales para la procedencia de la aplicación del Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos, que en otras palabras es el restablecimiento del Equilibrio Económico Financiero, refiriendo que no toda alteración en las condiciones previstas al momento de proponer o de contratar, constituye jurídicamente la ruptura del equilibrio económico del contrato. Por lo que la alteración debe cumplir con los requisitos siguientes:

- La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento. Por ello, es condición indispensable que la parte que reclama su restablecimiento no debe haber causado con su propia conducta la alteración.
- La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato. Resulta lógica dicha exigencia, pues en el caso que el hecho que genera la alteración sea anterior a la presentación de propuestas o celebración del Contrato, este se entiende que debió haber sido previsto por las partes al momento de presentar la propuesta.
- La alteración debe superar el alea normal. Es decir que “(...) para que una alteración en las condiciones contractuales genere una ruptura en el equilibrio económico del contrato se requiere que la alteración supere el alea normal propia de los contratos sinalagmáticos, ya que solo el alea anormal o extraordinaria da lugar al derecho al restablecimiento del equilibrio (...)”<sup>334</sup>. Siendo así, se entiende que la Empresa Contratista debe soportar el riesgo normal propio de la ejecución de la Obra, más no aquellas circunstancias que no pudieron ser previstas por ninguna de las dos partes al momento de presentar sus propuestas o celebrar el Contrato.
- La alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el contratante perjudicado debe probar tal situación. En ese sentido, se entiende que la Empresa Contratista que pide el restablecimiento tiene la carga

---

<sup>332</sup> A. C. ALARCÓN CANCHARI, “La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública”, cit., p.p. 280-281.

<sup>333</sup> L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, cit., p.p. 72-77.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 74.

de la prueba respecto a que la circunstancia que da lugar a la alteración a las condiciones de la propuesta o el contrato, afecta de manera grave la economía del Contrato.

Ahora bien, si nos ponemos en el supuesto en el cual se produce el desequilibrio económico financiero, nos daremos cuenta que éste conlleva una doble afectación, por cuanto la Entidad Pública no obtendrá la obra y consecuentemente no cumplirá su finalidad pública, y por el lado del Contratista, éste tampoco podrá obtener el legítimo lucro que propició su intervención en un proceso de selección, motivo por el cual se hace necesario analizar los mecanismos con los que cuentan las partes para poder restablecer el Equilibrio Económico Financiero.

Ahora bien, durante la ejecución de la Obra Pública la Empresa Contratista deberá seguir el avance físico de la obra, conforme al Calendario de Avance de Obra Valorizado<sup>335</sup> (determinado desde la fase de actos preparatorios), el mismo que da lugar al pago de las Valorizaciones de la Obra<sup>336</sup>, previa verificación y conformidad por parte del área técnica de la Entidad Pública que determine si efectivamente se ha cumplido con el avance de la Obra durante el periodo establecido en el Calendario de Avance de la misma. Dicho esto, podemos inferir que los pagos se efectúan teniendo en cuenta las Valorizaciones de la Obra. El número de valorizaciones está supeditado al plazo contractual para la ejecución de la Obra, y el Calendario de Avance Físico.

En virtud de lo expuesto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE indica en su Opinión N° 12-2017/DTN: “En esa medida, se puede inferir que la obligación de reajustar las valorizaciones tenía por objeto actualizar el valor de los elementos que intervinieron en un avance físico en la ejecución de la obra durante un periodo determinado, considerando que el valor original de dichos elementos podía haber variado en el tiempo, desde que se contrajo la obligación. De esta manera, se mantenía el equilibrio económico del contrato de

---

<sup>335</sup> Véase Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Calendario de avance de obra valorizado: El documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de la obra, por períodos determinados en las Bases o en el contrato.

<sup>336</sup> Véase Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Valorización de una obra: Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado.

obra”<sup>337</sup>. Dicho esto, es evidente que en el ámbito de los Contratos de Obra Pública se busca mantener el Equilibrio Económico Financiero del mismo, a través de las fórmulas de reajuste conforme lo señalado en el Art. 17º<sup>338</sup> del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Ubicados en este contexto, vamos a poner especial énfasis en el tema que nos ocupa, por ello nos planteamos el caso de la Ejecución de Adicionales de Obra Pública, que como bien sabemos son aquellos no considerados en el Expediente Técnico, ni en el contrato original, pero que su realización resulta indispensable necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal, consecuentemente acarrea un presupuesto adicional. Dicho esto, surgen interrogantes como: Primero: ¿La ejecución de un Adicional de Obra afecta el Equilibrio Económico Financiero del Contrato?, Segundo: ¿Cómo se restablece el Equilibrio Económico Financiero en estos casos?.

Para dar respuesta a primera interrogante planteada en el acápite que precede, partimos del hecho de que los Adicionales de Obra constituyen una modificación al Contrato de Obra celebrado originalmente, sea por errores en el Expediente Técnico, o por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del Contrato (Extraordinarias, Imprevisibles e Irresistibles), tal como se ha descrito en los capítulos precedentes. Siendo así, podemos afirmar que toda modificación afecta el Equilibrio Económico Financiero, consecuentemente la ejecución de Adicionales de Obra al constituir una modificación en el presupuesto y objeto de la contratación, afecta el Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Obra.

En cuanto a la segunda interrogante, si bien cierto la ejecución de un Adicional de Obra constituye una modificación del Contrato y consecuentemente afecta al Equilibrio

---

<sup>337</sup> Dirección Técnico Normativo OSCE, Opinión N° 12-2017/DTN, punto 2.2.

<sup>338</sup> Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, numeral 17.2. “En el caso de contratos de obra pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección establecen las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones son ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste “K” que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan las regularizaciones necesarias. Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

Económico Financiero del mismo, hay una medida que la propia normativa de la materia vigente establece como medio para el restablecimiento del Equilibrio, esta es la Compensación, respecto a la cual J. C. Cassagne señala que “(...) si sobre el contratista recae la carga de soportar el peso del régimen exorbitante, que incluye, en algunos casos, la obligación de ampliar sus prestaciones por la modificación contractual que disponga unilateralmente la Administración (...) resulta justo otorgarle una compensación que le permita, al menos continuar en la ejecución del contrato.”<sup>339</sup>

Ahora bien, debemos aclarar dos supuestos. El primero referido al hecho de que la Empresa Contratista ejecute el Adicional de Obra posteriormente a la autorización de la Entidad Pública, supuesto que no está en discusión, en tanto al contar con la autorización para ejecutar el Adicional de Obra, la Empresa Contratista ya cuenta con el título que la habilita para demandar el pago a la Entidad. La situación en debate sería la referida al supuesto en el que la Empresa Contratista ejecute un Adicional de Obra sin contar con la autorización<sup>340</sup> de la Entidad Pública, sea por coordinaciones directas con la Entidad u otros factores, lo que trae como consecuencia lógica que dicho Adicional de Obra no se ejecute, toda vez que el Contratista asume el riesgo de su ejecución. Entonces, ¿Si la Entidad Pública decide en virtud de sus atribuciones, no pagar por la ejecución de Adicional de Obra sin autorización, incurriría en Enriquecimiento Sin Causa?, para responder esta interrogante debemos hacer especial fijación en un elemento importante del Enriquecimiento Sin Causa, “La Buena Fe del Contratista”. Tema que será materia de tratamiento en el siguiente apartado.

---

<sup>339</sup> J. C. CASSAGNE, “*El Contrato Administrativo*”, Editorial Abeledo Perrot S.A, 3º Edición, Buenos Aires 2009, p. 103.

<sup>340</sup> Nótese que nos referimos a la Autorización de la Entidad Pública por falta de pronunciamiento en el tiempo establecido por la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, más no se hace referencia a la denegatoria de la ejecución del Adicional de Obra, que a nuestro criterio no debe ser compensada, en tanto ya existe un pronunciamiento efectivo de la Entidad Pública, entendiéndose que está debidamente fundamentado, en el hecho de no contar con previsión presupuestal o por no existir un pronunciamiento favorable desde el punto de vista técnico.

### **3.5 La ausencia de la buena fe del contratista como supuesto de existencia de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato.**

Partimos del concepto de Buena Fe, tal como se ha visto en el Capítulo Tercero de la presente investigación, para ello citamos nuevamente a L. Díez Picazo, que concibe que “(...) la expresión buena fe utilizada en los textos legales, tiene dos significados, relacionados entre sí, no son idénticos. En una primera acepción, buena fe significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo, la creencia de que la conducta que se realiza no va contra derecho. En una segunda acepción, alude a una serie o conjunto de reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico”.<sup>341</sup>

Ahora, es lógico afirmar que un sujeto de derecho puede actuar de buena fe o en ausencia de la misma, es justamente a esta ausencia a la que denominamos mala fe, pues es evidente que si la actuación no es de buena fe, entonces es contraria a ésta. Por ello, previo a dar respuesta a la interrogante planteada en el apartado que precede (¿Si la Entidad Pública decide en virtud de sus atribuciones, no pagar por la ejecución de Adicional de Obra sin autorización, incurriría en Enriquecimiento Sin Causa?,), vamos a empezar por hacer una aproximación a la figura de la Mala Fe.

Siguiendo a P. E. Alferillo, que hace un corto comentario sobre la regulación en el Código Civil Peruano de la figura de la Mala Fe, indicando a la letra: “El Código Civil de la República de Perú en su normativa, al igual que otras codificaciones, regula en varios artículos los efectos generados a partir de conductas calificadas de buena o de mala fe. Se advierte que, en muy pocas normas, el legislador conceptualiza las figuras. En cuanto al perfil de la mala fe, solo podemos deducirlo por una interpretación en sentido contrario de unos pocos artículos del código (...)”<sup>342</sup> Apoyamos el comentario del referido autor, toda vez que como ya se ha referido, no existe una regulación expresa en nuestros diversos cuerpos normativos que definan la Mala Fe, lo que nos lleva a interpretar sistemáticamente

---

<sup>341</sup> L. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, “Buena Fe e Integración de los contratos. En *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XX*”, cit., p.p. 69-70.

<sup>342</sup> P. E. ALFERILLO, “La Mala Fe”, *Vniversitas*, N° 122, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2011, p. 455.

los diversos contenidos de las disposiciones en torno a la Buena Fe, y así poder esgrimir un concepto o idea respecto a la Mala Fe.

A efectos de hacer una pequeña aproximación, debemos señalar sin mayor detenimiento que algunas veces se suele confundir la Mala Fe con el Dolo, empero aunque estrecha, hay una diferenciación, que algunos autores han dejado clara. Por un lado, el Dolo es definido por R. Cossío como “la maquinación o artificio que se vale una parte o un tercero para inducir en el error a uno de los contratantes; luego entonces, si esas maquinaciones, esos artificios, no llegan a provocar algún tipo de error, la voluntad no se encuentra viciada. En consecuencia, tenemos que concluir que lo que vicia al consentimiento no es la maquinación o el artificio, sino los efectos que se deriven de los mismos”<sup>343</sup>. De otro lado, para R. de Pina Vara la mala fe es definida como la “disposición de ánimo de quien realiza cualquier acto jurídico con el propósito de obtener una ventaja injusta en perjuicio de alguien, que el derecho sanciona en todo caso.”<sup>344</sup> En síntesis, se evidencia una diferencia entre estas dos figuras (Mala Fe y Dolo), pues mientras en la Mala Fe se sanciona la conducta, en el Dolo se sanciona los efectos que provocan error y vicien la voluntad.

Habiendo hecho una corta aproximación a la figura de la Mala Fe, vamos a dar respuesta a la interrogante: ¿Si la Entidad Pública decide en virtud de sus atribuciones, no pagar por la ejecución de Adicional de Obra sin autorización, incurriría en Enriquecimiento Sin Causa? Para ello, vamos a recordar lo que señala la Dirección Técnico Normativa del OSCE en cuanto al Enriquecimiento Sin Causa, en su Opinión N° 007-2018/DTN, que hace referencia a los elementos necesarios para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa, y a la letra señala en su punto 2.1.4: “De esta manera, para que en el marco de las contrataciones del Estado, se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la

---

<sup>343</sup> R. COSSÍO Y COSSÍO, “*Primer Curso de Derecho Civil (Introducción)*”, Editorial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México 2009, p. 295.

<sup>344</sup> RAFAEL DE PINA VARA, “*Diccionario de Derecho*”, Editorial Porrúa, Porrúa 2006, p. 364.



ausencia de contrato (o su nulidad), de contrato complementario, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor”<sup>345</sup>.

Siendo así, teniendo presentes dichos presupuestos para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa, nos vamos a ubicar en la situación de hecho planteada en nuestra interrogante “La Empresa Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin contar con autorización por parte de la Entidad Pública, y ésta última no paga por el Adicional de Obra ejecutado”. A simple vista, resulta lógico pensar que si la Empresa Contratista ejecutó el Adicional de Obra sin autorización, no tiene derecho al pago por dicho Adicional. Sin embargo, esta reflexión aparentemente lógica también nos lleva a pensar si el hecho de que la Entidad Pública no pague por un Adicional de Obra ejecutado sin autorización, conlleva a la ruptura del Equilibrio Económico Financiero del Contrato; o en todo caso, si la Entidad Pública incurre en Enriquecimiento Sin Causa en perjuicio de la Empresa Contratista, al no pagar el Adicional de Obra ejecutado sin autorización.

Los supuestos planteados líneas arriba están relacionados entre sí, por cuanto es evidente que si la Empresa Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin contar con la autorización de la Entidad Pública, acción que puede considerarse de mala fe por contravenir las normas de la materia, y que a su vez genera un excedente real no contemplado en el Expediente Técnico, excedente que a corto plazo será incorporado al patrimonio de la Entidad Pública, y ésta última no tendrá como justificar económicamente, lo que se configura como un Enriquecimiento Negativo<sup>346</sup>. Del mismo modo, este excedente real no contemplado en el Expediente Técnico, al no ser pagado por la Entidad Pública, genera asimetría en cuanto a las prestaciones ejecutadas y las pagadas de manera efectiva, hecho que configura un desequilibrio económico financiero en el Contrato de Obra.

En la situación de hecho planteada “La Empresa Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin contar con autorización por parte de la Entidad Pública, y ésta última no paga por el Adicional de Obra ejecutado”, analizamos si cumple con los presupuestos señalados para

---

<sup>345</sup> OSCE, Opinión N° 007-2017/DTN, Punto 2.1.4

<sup>346</sup> Véase a L. Moisset De Espanés, que refiere que el Enriquecimiento Negativo es “la no disminución del patrimonio, en los casos que debía disminuir”.

la configuración del Enriquecimiento Sin Causa. En primer lugar, la situación de hecho genera un Enriquecimiento por parte de la Entidad Pública y el empobrecimiento de la Empresa Contratista, por cuanto el Adicional ejecutado ingresa al patrimonio de la Entidad Pública y la Empresa Contratista se empobrece al no recibir contraprestación alguna por el Adicional de Obra ejecutado. En segundo lugar, se denota la conexión que existe entre el enriquecimiento de la Entidad Pública y el empobrecimiento de la Empresa Contratista, pues el primero se configura a expensas del segundo. En tercer lugar, tenemos el requisito de la ausencia de causa jurídica, pues el hecho generador no habilita para que el Contratista pueda pedir la Compensación por el Adicional ejecutado, ya que la Empresa Contratista ejecutó el Adicional de Obra sin contar con autorización (situación de hecho que aparentemente genera el Enriquecimiento y Empobrecimiento). Y por último, el requisito de Buena Fe del Contratista, punto sobre el cual se genera debate a criterio personal en la presente investigación.

En cuanto a la ausencia de la causa jurídica para el Enriquecimiento y Empobrecimiento, nos planteamos el supuesto que en la praxis es muy común, y que también plantea M. Rebollo Puig, “el contratista ejecuta el Adicional de Obra bajo la confianza que la Entidad lo estaba autorizando, puesto que se produjeron ciertos indicios en el contratista a consecuencia del comportamiento de la Entidad Pública”<sup>347</sup> o el supuesto en el que debido a coordinaciones entre ambas partes, y a efectos de no perjudicar la ejecución de la Obra mientras se tramita administrativamente la autorización del Adicional de Obra, la Empresa lo ejecuta con el compromiso de la Entidad Pública de aprobarse el mismo. En ambos supuestos, se denota que la conducta del Contratista está basada en la actuación de la Entidad Pública, que si bien es cierto no es jurídica, sino más bien una situación de hecho la que da lugar al Enriquecimiento y Empobrecimiento. Creemos que en ambos casos, debe considerarse relativa la exigencia en cuanto a la ausencia de la causa “jurídica”, pues si la Entidad no muestra ninguna de las conductas antes expuestas, es decir el consentimiento tácito de las acciones de ejecución de Adicional de Obra o coordinaciones internas, que alienten al Contratista a ejecutar el Adicional de Obra, debe considerarse la existencia de causa de Enriquecimiento y Empobrecimiento.

---

<sup>347</sup> M. REBOLLO PUIG, “*El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*”, cit., p.p. 444-454.

En cuanto a la Buena Fe, en los supuestos considerados en el párrafo precedente es evidente que el Contratista actúa en la creencia que la Entidad Pública asumirá el costo de la ejecución del Adicional de Obra, hecho que lo lleva a ejecutarlo. Sin embargo, no podemos pasar desapercibido el hecho de que a sabiendas de que aún no se tiene la autorización derivada de un procedimiento regular para el trámite del Adicional de Obra, constituye un acto de Mala Fe (contrario a norma), empero también no parecería lógico que no se pague por el Adicional de Obra ejecutado. No obstante, sostenemos la tesis de que debe pagarse por el Adicional de Obra ejecutado pese a no contar con autorización, siempre que se verifique que éste es necesario para el cumplimiento de las metas del Proyecto, y consecuentemente cumpla la finalidad pública que dio lugar a su contratación, situaciones que deberán ser valoradas por el área técnica y legal de la Entidad Pública. Este argumento, toma mayor fuerza, si hacemos referencia a la finalidad pública, pues no sería lógico que el cumplimiento de los fines públicos se vea postergado, por no haberse llevado a cabo trámites administrativos en su tiempo de manera negligente por parte de la Entidad Pública. Sumado a ello, el hecho de que la Entidad Pública termina siendo responsable de estas situaciones cuando el Expediente Técnico tiene deficiencias.

Ahora bien, tal como señalamos acápite más arriba, el Enriquecimiento Sin Causa y el Equilibrio Económico Financiero son conceptos relacionados. Entonces, debemos señalar que en el caso del Equilibrio Económico Financiero, se deben tener en cuenta que hay hechos que generan la responsabilidad de la Entidad Pública de restituir el Equilibrio cuando éste se ha visto afectado, para lo cual debe considerarse que: i) La alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento, ii) La alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato, iii) La alteración debe superar el alea normal y iv) La alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación.

Nos ubicamos en la primera condición, respecto a que la alteración debe darse por acontecimientos que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento. Seguimos para ello la misma lógica que en el caso del requisito de Buena Fe en el

Enriquecimiento Sin Causa, pues creemos que como responsabilidad de la Entidad Pública en cuanto restablecimiento del Equilibrio, debe añadirse la situación de desigualdad en la que están la Entidad Pública y el Contratista, bajo ese contexto, podemos decir que si la Entidad luego de verificar que la Contratista ejecutó el Adicional de Obra, a fin de cumplir las metas del proyecto y sobre todo la finalidad pública, no efectúa el pago, sí estaría afectando el Equilibrio Económico, por cuanto no habría equivalencias entre sus prestaciones.

En síntesis, tenemos que la mala fe del Contratista en la ejecución de Adicionales de Obra sin autorización, es un supuesto de ruptura del Equilibrio Económico Financiero, así como causal de Enriquecimiento Sin Causa, en el ámbito de la ejecución de Adicionales de Obra, por lo que la Entidad Pública contratante está en la obligación de compensar por la ejecución de dichos Adicionales, a fin de restablecer el Equilibrio Económico Financiero. Todo ello, en virtud del cumplimiento de las Finalidades Públicas.

En conclusión, determinamos que la Entidad Pública debe pagar el Adicional de Obra ejecutado sin autorización, independientemente de la buena fe o mala fe del Contratista, siempre que se verifique que este Adicional es necesario para cumplir las metas del Proyecto, y consecuentemente cumple con las finalidades públicas que motivaron su contratación. Caso contrario, estaríamos ante un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa y consecuentemente estaría incumplimiento el deber de mantener el Equilibrio Económico Financiero del Contrato.

## CONCLUSIONES

1. En los Contratos Civiles existe igualdad entre las partes que intervienen en el mismo; mientras tanto en los Contratos Administrativos se debe tener en cuenta que a diferencia de los Contratos de naturaleza civil, éstos no tienen la condición igualitaria, siendo que las Entidades pertenecientes a la Administración Pública están dotadas de una serie de prerrogativas que encuentran su justificación en el interés público y consecuente cumplimiento de los fines públicos. Dichas prerrogativas son: a) Poderes de dirección, inspección y control, relacionados todos ellos entre sí (responsable de velar por una adecuada ejecución para lograr la satisfacción del interés público), b) Poder de interpretación unilateral del contrato (interpretarse el contrato debe tenerse en cuenta el interés público y el fin público del contrato), c) El Ius variandi (manteniendo el Equilibrio Económico Financiero del Contrato), d) Poder de resolución unilateral, el mismo que se entiende como irrenunciable y puede ser ejercido por la Administración de manera directa sin intervención del Órgano Judicial (sólo en casos de interés públicos).

2. El Interés Público es un concepto fundamental para la existencia de los Contratos Administrativos y sus respectivas prerrogativas. El Interés Público es un concepto indeterminado, toda vez que se torna como un requisito indispensable para el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, pues solo encuentra su determinación en la evaluación de la aplicación de la potestad discrecional del Estado en cada caso concreto. Siendo así, esto permite a la propia Entidad Pública cumplir con los fines públicos intrínsecos a su actuación.

3. El Enriquecimiento Sin Causa como Principio se aplica de manera general a las distintas relaciones contractuales, partiendo de la Premisa: “Nadie puede enriquecerse sin causa a expensas de otro”, premisa fundada en la Equidad y el actuar de buena fe de las partes de la relación contractual. Además de tener carácter subsidiario, debido a que sólo podrá aplicarse en el caso en el que no haya ningún otro mecanismo para restituir el Equilibrio de intereses de las partes. En consecuencia, el efecto del Enriquecimiento Sin Causa es restituir el equilibrio patrimonial afectado.

4. La Dirección Técnico Normativa del OSCE indica en su Opinión N° 007-2018/DTN, que los elementos necesarios para la configuración del Enriquecimiento Sin Causa son: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor”.

5. Cuando las Entidades Públicas suscriben Contratos para ejecución de Obra Pública existen acciones u omisiones que podrían generar el Enriquecimiento Sin Causa a su favor, lo que traería como consecuencia lógica que la Empresa Contratista se vea empobrecida. Por lo que, a fin de protegerlos se les habilita la acción por Enriquecimiento Sin Causa, con la finalidad de restablecer el Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Obra celebrado, que tiene como efecto la compensación por las prestaciones ejecutadas.

6. El Principio de Equilibrio Económico Financiero del contrato tiene por objeto pactar de manera equivalente los intereses de las partes contratantes durante la etapa de Ejecución Contractual. Asimismo, se tiene que las causales de ruptura del Enriquecimiento Sin Causa son: i) Potestas Variandi, ii) Teoría de Hechos del Príncipe, iii) Teoría de la Imprevisión.

7. El Enriquecimiento Sin Causa y el Equilibrio Económico Financiero están relacionados entre sí, siendo que si la Empresa Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin contar con la autorización de la Entidad Pública, genera un excedente real que no está contemplado en el Expediente Técnico, el mismo que a su vez a corto plazo será incorporado al patrimonio de la Entidad Pública contratante, y no tendrá como justificar económicamente dicho excedente, lo que se configura como un Enriquecimiento Negativo. Del mismo modo, este excedente real no contemplado en el Expediente Técnico, al no ser pagado por la Entidad Pública, genera asimetría en cuanto a las prestaciones ejecutadas y las pagadas de manera efectiva, hecho que configura un desequilibrio económico financiero en el Contrato.

8. El Art. 34° de la Ley de Contrataciones con el Estado, es claro en cuanto al respeto del Principio de Equilibrio Económico de los Contratos de Obra, indicando que se puede modificar el presupuesto de un Contrato de Obra, mediante la ejecución de Adicionales de Obra, para lo cual se deberá contar con aprobación por parte de la Entidad, no pudiendo en

ningún caso puede perjudicarse el Equilibrio Económico Financiero del Contrato, caso contrario, deberá compensarse económicamente a la parte perjudicada, con la finalidad de restablecer el Equilibrio.

9. La modificación de un Contrato de Obra, en el aspecto presupuestal implica la existencia de un Informe técnico legal que sustente que la necesidad de modificación está destinada al cumplimiento del objeto del Contrato de manera efectiva, así como un informe por parte del Supervisor de Obra y un informe del área de Presupuesto que otorgue certificación presupuestal, ya que sin estos requisitos, mal podría la entidad aprobar un Adicional de Obra.

10. Si un Contratista ejecuta un Adicional de Obra sin autorización, es decir sin cumplir con las formalidades establecidas en la Ley de la materia, debe entenderse que está actuando de mala fe, pese a que con dicha actuación, busque el cumplimiento del objeto del contrato, y consecuentemente el cumplimiento de los fines públicos.

11. Existe una diferencia entre la ejecución de un Adicional de Obra sin contar con aun con la aprobación respectiva, y la ejecución de un Adicional de Obra que fue desaprobado habiéndose seguido el procedimiento regular para su aprobación.

12. Es indiferente la Buena o Mala Fe de la Empresa Contratista en la ejecución de Adicionales de Obra sin contar con la autorización, para efectos de indemnizar a éste por concepto de Enriquecimiento Sin Causa, toda vez que al no indemnizarlo se estaría causando la ruptura del Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato de Obra celebrado originalmente, pues no habría equidad entre sus intereses, siendo dicho pago procedente, siempre que se acredite que su ejecución era necesaria para cumplir con las metas del proyecto y con la Finalidad Pública del mismo, efectuando una especie de ponderación de resultados, que nos lleva a priorizar la Finalidad Pública sobre las formalidades del procedimiento de aprobación.

13. El incumplimiento de las formalidades y requisitos legales por parte de la Entidad Pública o de la Empresa Contratista para la ejecución de Adicionales de Obra, no genera

un respaldo para que la Entidad Pública se niegue a pagar por las prestaciones adicionales que la Empresa Contratista haya ejecutado a su favor.

14. No es cierto que, la ausencia de la Buena Fe por parte del contratista en la ejecución de Adicionales de Obra, no configure supuesto de ruptura del Equilibrio Económico Financiero de los contratos de obra celebrado por los Gobiernos Locales. Por lo que, estamos ante un Enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad Contratante, siendo responsabilidad de éstas últimas, restablecer el Equilibrio Económico Financiero con el pago de los adicionales ejecutados, siempre que se compruebe que estos cumplen con su fin público.

15. Debe incluirse la mala fe del Contratista en la ejecución de Adicionales de Obra sin autorización, como un supuesto de ruptura del Equilibrio Económico Financiero, y consecuentemente como elemento configurativo de Enriquecimiento Sin Causa, en el ámbito de la ejecución de Adicionales de Obra, por lo que la Entidad Pública contratante está en la obligación de compensar por la ejecución de dichos Adicionales, a fin de restablecer el Equilibrio Económico Financiero, en mérito del cumplimiento de las Finalidades Públicas. Por lo que, la Entidad Pública debe pagar el Adicional de Obra ejecutado sin autorización, independientemente de la buena fe o mala fe del Contratista, siempre que se verifique que este Adicional es necesario para cumplir las metas del Proyecto, y consecuentemente cumple con las finalidades públicas que motivaron su contratación. Caso contrario, estaríamos ante un supuesto de Enriquecimiento Sin Causa y consecuentemente estaría incumplimiento el deber de mantener el Equilibrio Económico Financiero del Contrato.

16. Los supuestos planteados en el presente trabajo de investigación son circunstancias que se producen en la praxis y que pueden ser resueltas si tenemos en cuenta aquellos fundamentos esgrimidos, debiendo documentarse estos en cada caso.



## BIBLIOGRAFÍA

1. ALARCÓN CANCHARI, A., *“La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública”*, Revista Derecho & Sociedad, N° 44, Lima, 2015.
2. ALBERTO GORDILLO, A., *“Teoría General del Derecho Administrativo”*, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1° edición, Tomo 8, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013.
3. ALFERILLO, P., *“La Mala Fe”*, *Vniversitas*, N° 122, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011.
4. ÁLVAREZ PEDROZA, A., *“Diccionario de Jurisprudencia de Contrataciones del Estado”*, 1° Edición, Pacífico Editores, Lima, 2012.
5. ÁLVAREZ PEDROZA, A. y ÁLVAREZ MEDINA, O., *“Análisis de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado”*. Tomo I, Ed. Gubernamentales, Lima, 2013.
6. ARAMENDÍA FALCO, M., *“El Equilibrio Financiero En La Contratación Administrativa”*, en XI Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, Uruguay, 2018.
7. ARIAS FONSECA, J., *“El Enriquecimiento Sin Causa y la Acción In Rem Versó en materia de responsabilidad estatal por realización de Obras, prestación de Servicios y Suministro de Bienes sin Contrato Estatal”*, *Jurídicas CUC*, Volumen 9, N° 1, Colombia, 2013.
8. ARIÑO ORTIZ, G., *“Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
9. ARRARTE ARISNABARRETA, A., *“Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio”*, Revista Ius et Veritas, N° 50, Lima, 2015.
10. ARRARTE ARISNABARRETA, A. Y PANIAGUA GUEVARA, C., *“Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”*, Revista Advocatus, N° 16, Lima, 2007.
11. BARRIENTOS GRANDON, J., *“La actio de in rem verso en la literatura francesa de pothier a l’arret boudier”*, Revista de Historia de Derecho Privado, N°. III, Instituto de Historia del Derecho, Santiago de Chile, 2000.

12. BARTOLOMÉ FIORINI, A., "*Derecho Administrativo*", Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
13. BARRIENTOS CISNEROS, P., "*Los Actos Preparatorios y Principio de Eficiencia de la Contratación Pública*", 2015, (Tesis presentada para obtener el Título Profesional de Abogado). Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, Ayacucho, 2015.
- BOHÓRQUEZ YEPES, C., "*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho Civil y Administrativo, Origen y Evolución de la Actio In Rem Verso*", Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014.
14. BORDA GUILLERMO, A., "*Tratado de derecho civil, Parte General*", Editorial Perrot, Tomo II, Buenos Aires, 1996.
15. BULLARD GONZALEZ, A., "*Enemigos Íntimos. El arbitraje y los Contratos Administrativos*", Revista Peruana de Arbitraje, N° 2, Lima, 2006.
16. BUSTAMANTE BELAUNDE, A., "*La Contratación del Estado en el Perú*", Themis N° 14, Lima, 1989.
17. CABANELLAS, G., "*Diccionario Enciclopédico de Derecho Casual*", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996.
18. CAMPOS MEDINA, A. y HINOSTROZA SOBREVILLA, L. M., "*El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir*", Revista de Derecho Administrativo, N° 05, Lima, 2008.
19. CAMPOS MEDINA, A., "*La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa: a propósito de los contratos administrativos*", Revista Peruana de Arbitraje, N° 3, Lima, 2006.
20. CARCATERRA, A., "*In torno ai bonae fidei iudicia*", Napoli, 1964.
21. CASSAGNE, J. C., "*Los contratos de la administración pública (distintas categorías y regímenes jurídicos)*", Revista de Administración Pública N° 78, Madrid, 1975.
22. CASSAGNE, J. C., "*El Contrato Administrativo*", Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
23. CASSAGNE, J., "*El Contrato Administrativo*", Editorial Abeledo Perrot S.A, 3° Edición, Buenos Aires, 2009.
24. CASTILLO FREYRE, M. y MOLINA AGUI, G., "*Tienes Más; Tengo Menos - Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento Sin Causa*",

Revista de Derecho Administrativo Jus Doctrina & Práctica, N° 2, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.

25. CASTILLO FREYRE, M. y SABROSO MINAYA, R., “*El arbitraje y los adicionales de obra*”, Revista de Derecho, N° 66, Lima, 2011.

26. CASTILLO FREYRE, M. y SABROSO MINAYA, R., “*Materia Arbitrable en la Contratación Pública*” Revista Derecho & Sociedad, N° 33, Lima, 2009.

27. CASTILLO FREYRE, M. y SABROSO MINAYA, R., “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Arbitraje de Contratación Pública*”, Revista Arbitraje PUCP, N° 06, Lima, 2016.

28. CESARE MASSIMO, B., “*Diritto civile, 5, La responsabilità*”, Giuffrè, Milano, 1994.

29. CÉSPEDES ZAVALA, A., “*La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos*”, Revista de Derecho Administrativo”, N° 01, Lima, 2006.

30. CHAVEZ TORRES, Z., “*La Teoría del Hecho del Príncipe en los Contratos Administrativos*” en XII Congreso Internacional en Ciencias Administrativas, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2013.

31. COLMO, A., “*De las Obligaciones en general*”, Editorial Kraft, 3° Edición, Buenos Aires, 1944.

32. COMADIRA, J., “*La Licitación Pública (nociones, principios y cuestiones)*”, 2° Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

33. COSSÍO Y COSSÍO, R., “*Primer Curso de Derecho Civil (Introducción)*”, Editorial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, México, 2009.

34. COVIELLO, N., “*Doctrina general de Derecho Civil*”, Traducción al castellano de la 4° Edición Italiana, por FELIPE DE J. TENA, Ara Editores, Lima, 2007.

35. DAMMERT LIRA, A., “*Equilibrio Económico – Financiero en los contratos de concesión en obras de infraestructura*”, Revista de Derecho Administrativo, Lima, 2009.

36. DANÓS ORDOÑEZ, J., “*El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 2, Lima, 2006.

37. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. y DÍEZ-PICAZO, L. y PONCE DE LEÓN, “*Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa*”, Civitas, Madrid, 1988.

38. DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., "*El contrato en general*", Fondo Editorial de la PUCP, volumen XI, tomo II, Lima, 1993.
39. DE LA PUENTE Y LA VALLE, M., "Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil", "*El Contrato en General*", Palestra Editores S.A.C., Lima, 2007.
40. DE LAUBADÈRE, A. Y. GAUDEMET, E., "*Traité de droit administratif*", Tomo I, 16º Edición, París, 2001.
41. DE LOS RÍOS WOLLS, G., "*El enriquecimiento sin causa*", en el Libro Homenaje a OSTERLING PARODI, F., Palestra Editores, Volumen N° 1, Lima 2008.
42. DE PINA VARA, R., "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, Porrúa, 2006.
43. DICKSON MORALES, R., "*Breve reseña sobre el Equilibrio Económico en la Contratación Pública y su tratamiento en República Dominicana*", en VII Jornadas de Mariñan, España, 2014.
44. DI MAJO, A., "*La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*", Giappichelli, Torino, 2002.
45. DÍEZ-PICAZO L. y PONCE DE LEÓN, prólogo a la obra "*El principio general de la buena fe*" de F. WIEACKER, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977.
46. DÍEZ-PICAZO, L., "*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*", vol. 1º, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.
47. DIEZ PICAZO, L. y PONCE DE LEON, "*Buena Fe e Integración de los contratos. En La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*", IDEMSA, Lima.
48. DÍEZ-PICAZO, L. Y PONCE DE LEÓN, "*Contrato y Libertad Contractual*", Themis, Tomo 49, Lima, 2004.
49. DROMI, R., "*Derecho Administrativo*", Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1992.
50. DROMI, R., "*Renegociación y reconversión de los contratos públicos*", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
51. DROMI, R., "*Derecho Administrativo*", 1º Edición, Buenos Aires, 2004.
52. DRUETTA, R., "*Renegociación del contrato administrativo*", 2º Edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.
53. ENNECCERUS, L., "*Derecho de obligaciones*", Bosch, 2º Edición, Volumen Segundo, Barcelona, 1935.
54. ESCOBAR GIL, R., "*Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*", Legis, Colombia, 1999.

55. ESSER, J., *“Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”*, Barcelona, Bosch, 1961.
56. FÁBREGA PONCE, J., *“El enriquecimiento sin causa”*, Editora La Estrella, Panamá, 1960.
57. FERNÁNDEZ RUIZ, J. y HERRERA GARCIA, J., *“Teoría y Praxis de la Contratación Administrativa”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª Edición, México, 2004.
58. FIORINI, B., *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
59. GANDOLFO CORTÉS, R., *“El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado”*, Revista Arbitraje PUCP, N° 6, Lima, 2016.
60. GARCÍA ENTERRÍA, E., *“La Figura del Contrato Administrativo”*, Revista de Administración Pública (RAP), N° 41, Madrid, 1963.
61. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *“Curso de Derecho Administrativo”*, Civitas, Madrid, 2000.
62. GARCÍA VALDEZ, L., *“Arbitrabilidad del Enriquecimiento Sin Causa en la Contratación Pública”*, Revista Derecho y Cambio Social, Lima, 2017.
63. GELDRES CAMPOS, R., *“Breves apuntes sobre el enriquecimiento sin causa”*, Revista Actualidad Civil y Procesal Civil, Análisis Jurídico, Universidad Mayor de San Marcos, N° 271, Lima, 2016.
64. GONZÁLES PEREZ, J., *“El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”*, Civitas, Madrid, 2009.
65. GUILLÉN VALES, L., *“Análisis del Enriquecimiento Sin Causa en las Contrataciones del Estado”* (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.
66. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., *“Derecho de las obligaciones”*, 16ª Edición, actualizada por CONTRERAS LÓPEZ, R. S., Editorial Porrúa, México, 2007.
67. GUZMAN BRITO, A., *“La buena fe en el Código Civil de Chile”*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N° 1, Chile, 2002.
68. GUZMÁN NAPURÍ, C., *“Los Principios Generales del Derecho Administrativo”*, Ius Et Veritas, N° 38, Lima, 2009.

69. HERNANDEZ GIL, A., “*Conceptos Jurídicos Fundamentales*”, Editorial Espasa Calpe S.A., Tomo I, Madrid, 1987.
70. HERNÁNDEZ DIEZ, S., “*Apuntes Sobre la Reforma en Materia de Contratación Pública*”, Revista Derecho & Sociedad, N° 44, Lima, 2015.
71. HIDALGO CHACEL, J. y REYES ESCUDERO VILLAFÁFILA, M., “*Circular Informativa sobre la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*”, Valladolid, 2018.
72. JIMÉNEZ VARGAS – MACHUCA, R., “*El principio de la buena fe*”. En: *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2001.
73. LARROUMET, C., “*Teoría General del Contrato*”, Volumen I. Traducido por Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
74. LASARTE, C., “*Principios de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*”, Tomo 2, 4ª Edición, Editorial Trivium, Madrid, 1996.
75. LETE DEL RÍO, J., “*Derecho de Obligaciones*”, Tecnos, Volumen II, Pamplona, 1989.
76. LLAMBÍAS, J., “*Tratado de las obligaciones*”. Editorial Perrot, Tomo IV-B, Buenos Aires, 1964.
77. LINARES JARA, M., “*El Contrato Administrativo en el Perú*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 1, Lima, 2006.
78. LINARES JARA, M., “*Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 7, Lima, 2009.
79. LÓPEZ MESA, M., “*El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un Instituto Controversial)*”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 13, Madrid, 2009.
80. LÓPEZ JIMÉNEZ, E., “*La Teoría del Equilibrio Económico y Financiero de los Contratos Administrativos En Costa Rica*”, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 132, Costa Rica, 2013.
81. LOPEZ SANTA MARIA, J., “*Los Contratos (parte general)*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.

82. LOPEZ ZALDÍVAR, H., *“El reconocimiento del enriquecimiento sin causa como efecto de la nulidad del contrato administrativo”*, Revista de Derecho Ius Et Ratio, Universidad Continental, N° 01, Huancayo, 2013.
83. MARÍA UDA, G., *“La buona fede nell’esecuzione del contratto”*, Giappichelli, Torino, 2004.
84. MARIENHOFF, M., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Tomo II – B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.
85. MARIENHOFF, M., *“Contratos administrativos. Teoría general”*, Tratado de Derecho administrativo, Tomo III-A, Cuarta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
86. MARTÍNEZ FLORES, H., *“El Enriquecimiento Injustificado: ¿Indemnización o Restitución?”*, Revista Derecho y Cambio Social, N° 11, Lima, 2007.
87. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *“El nuevo sistema de inversión pública – Invierte.pe”*, Lima, 2017.
88. MOISSET DE ESPANES, L., *“Notas sobre el Enriquecimiento Sin Causa”*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, N° 10, Córdoba, 1979.
89. MORON URBINA, J., *“Los Principios inspiradores de la Contratación Administrativa y sus aplicaciones prácticas”*, Revista de Derecho Themis, N° 52, Lima, 2006.
90. MORON URBINA, J. y AGUILERA BECERRIL, Z., *“La modificación convencional de los Contratos Administrativos: necesidad, límites y regulación”*, Colección: Lo Esencial del Derecho, 1º Edición, Lima, 2014.
91. MOSCATI, E., *“Fonti legali e fonti private delle obbligazioni”*, Cedam, Padua, 1999.
92. NEME VILLAREAL, M., *“El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”*, Revista de Derecho Privado, N° 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
93. NICOLAU, N., *“El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”*, en *“Tratado de la buena fe en el derecho”*, La Ley, Córdoba, Tomo I, Buenos Aires, 2004.
94. NUÑEZ LAGOS, R., *“El Enriquecimiento Sin Causa en el Derecho Español”*, Editor Reus, Madrid, 1934.
95. OSCE, *“Manual de Contrataciones de Obras Públicas-OSCE”*, Módulo II, Lima, 2012.
96. OSCE, *Guía Práctica N° 5, “¿Cómo se formula el requerimiento?”*, Lima, 2017.

97. ORAMAS GROSS, A., *“El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones”*, Editorial Nomos, Colombia, 1988.
98. PEÑAILILLO ARÉVALO, D., “El Enriquecimiento Sin Causa, Principio de Derecho y Fuente de las Obligaciones”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 200, Santiago de Chile, 1996.
99. PERALTA ANDÍA, J. y PERALTA ZECENARRO, N., *“Fuente de las Obligaciones en el Código Civil”*, Idemsa, Lima, 2005.
100. QUIRÓS SÁNCHEZ, J., *“Teoría del Equilibrio Económico – Financiero del Contrato”*, Revista Tecnológica MOPT, volumen 12-14, Costa Rica, 2006.
101. REVOLLO PUIG, M., “El enriquecimiento injusto de la Administración Pública”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, Madrid, 1995.
102. RETAMOZO LINARES, A., *“Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control Análisis y Comentarios”*, 9ª Edición, Gaceta Jurídica, Tomo I, Lima, 2013.
103. RIVERA ROJAS, C., Manual OSCE: *“Cómo vender con éxito al Estado”*, Prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo y contrataciones complementarias, Módulo IV, Capítulo III, Lima, 2012.
104. RIVERA ROJAS, C. y SALINAS SEMINARIO, M., *“Manual de Contrataciones de Obras Públicas – OSCE”*, Módulo II, 1ª Edición, Lima, 2012.
105. ROCA GUILLAMÓN, J., *“Comentario al Art. 1258 del Código Civil”*, Revista de Derecho Privado, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, Tomo XVII, Volumen 1 - A, Madrid, 1993.
106. RODRÍGUEZ MANRIQUE, C., *“Las Garantías en la Ley de Contrataciones del Estado”*, Revista de Derecho Administrativo, N° 07, Lima, 2009.
107. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *“Régimen del Equilibrio Económico – Financiero en los Contratos Estatales”*, en Séptimo Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima, 2009.
108. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *“El equilibrio económico en los contratos administrativos”*, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, N° 66, Lima, 2011.
109. SAINZ MORENO, F., “La Buena Fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, *Revista de Administración Pública*, N° 89, Madrid, 1979.
110. SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. y LOREDO ROMERO, Á., *“El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial*



*referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública*”, Revista Ius et Verita, N° 33, Lima, 2006.

111. SANTOS BRIZ, J., “*Tendencias modernas en el Derecho de Obligaciones*”, Revista de Derecho Privado, Tomo 44, Madrid, 1960.

112. SANTY CABRERA, L., “En la búsqueda de un concepto de Interés Público en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Análisis y Crítica*, Gaceta Constitucional, Tomo 114, Lima, 2017.

113. SHIMABUKURO TOKASHIKI, N., “*El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura Suscrito en el Marco Jurídico de Asociaciones Público – Privadas*”, Derecho Regulatorio e Inversión Privada, Revista Derecho & Sociedad, N° 45, Lima, 2015.

114. SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “*La Buena Fe Contractual y los Deberes secundarios de conducta*”, Vniversitas, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Volumen 53, N° 108, Colombia, 2004.

115. TAMAYO, YÁÑEZ, S., “*Penalidades en contrataciones del Estado*”, Actualidad Gubernamental, N° 78, Lima, 2015.

116. TAMAYO YÁÑEZ, S., “*Las prestaciones adicionales: ser o no ser*”, Revista Actualidad Gubernamental, N° 64, Lima, 2014.

117. TRELLES DE BELAUNDE, O., “*El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos*”, Themis, Tomo 44, Lima, 2002.

118. VON TUHR, A., “*Tratado de las obligaciones*”, Traducido del alemán, Editorial Reus, N° 51, Tomo 1, Madrid, 1934.

119. WIEACKER, F. “*El principio general de la buena fe*”, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1982.

120. ZAMBRANO OLIVERA, E., “*Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado*”, Revista de Derecho Administrativo, N° 07, Lima, 2009.

## **Páginas Web**

1. ADAME GODDARD, J., “*El Principio de la Buena Fe en el Derecho Romano y en los Contratos Internacionales y su posible aplicación a los Contratos de deuda externa*”,

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, extraído de: [www.robertexto.com](http://www.robertexto.com).

2. DE LA MAZA R., L., “*La teoría de la imprevisión*”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX, Santiago de Chile, 1933, extraído de [http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza\\_l/html/index-frames.html](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_l/html/index-frames.html).

3. ENRIQUEZ ANAYA, M. y MURILLO HERRERA, C., Aula Virtual, “*Capítulo 2 del Módulo 4.- Las Garantías en la Ejecución Contractual y Penalidades*”, extraído de: <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/capitulo-2-del-modulo-4-las-garantias.html>.

4. ESPINOZA ESPINOZA, J., “*El Principio de la Buena Fe*”, extraído de: [http://www.academia.edu/8031826/EL\\_PRINCIPIO\\_DE\\_LA\\_BUENA\\_FE\\_JUAN\\_ESPIN\\_OZA\\_ESPINOZA](http://www.academia.edu/8031826/EL_PRINCIPIO_DE_LA_BUENA_FE_JUAN_ESPIN_OZA_ESPINOZA).

5. Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley N° 30225) extraído del URL: [http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/Exposicion\\_motivos\\_Reglamento\\_LCE.pdf](http://www.gacetajuridica.com.pe/envios-laley/Exposicion_motivos_Reglamento_LCE.pdf).

6. HIDALGO, C., “*Ampliaciones de Plazo*”, Aula Virtual OSCE, 2016, extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=INISnyI5I9s>.

7. INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS (INCSPP), “*El Expediente Técnico en la ejecución de obras*”, 2017, extraída del: <http://incispp.edu.pe/blog/expediente-tecnico-ejecucion-obras/>.

8. OSCE, “*Contratación de Obras Públicas-Material del Participante*”, Curso Virtual de Capacitación, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/libro\\_cap2\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap2_obras.pdf).

9. OSCE, “*El Expediente Técnico de Obra*”, Curso Virtual de Capacitación, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/ppt\\_cap3\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/ppt_cap3_obras.pdf).

10. OSCE, Sub Dirección de Desarrollo de Capacidades de la Dirección Técnico Normativo, “*Supervisión de Obra*”, Cap. 4, extraído de: [http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso\\_contratacion\\_obras/ppt\\_cap4\\_obras.pdf](http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/ppt_cap4_obras.pdf).

11. PACHECO CLAROS, I., Video Conferencia “*Fase de Actos Preparatorios: Contratación de Bienes y Servicios*”, Parte 1, Aula Virtual de OSCE: <https://www.youtube.com/channel/UC89kZqJuYEFqyx7iQnkSWxg>.

12. SALINAS SEMINARIO, M., “Adicionales de Obra”, *Aula Virtual del OSCE*, extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=QsO5FXyspyI>.

13. SIFUENTES, M., Video Conferencia "*Expediente de Contratación y Comité de Selección*", Aula Virtual de OSCE: <https://www.youtube.com/watch?v=2NaeMGxNdAE>.

### **Legislación**

1. Constitución (1979)
2. Código Civil Peruano
3. Código Civil Colombiano
4. Código Civil Español
5. Código Civil Argentino
6. Código Civil de Chile
7. Ley 80 de 1993 - Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
8. Ley N° 340-06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones.
9. Ley N° 18.786, que regula el Régimen de Participación Público Privado.
10. Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.
11. Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
12. Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones con el Estado y modificatoria.
13. Decreto Supremo N° 096-2007-PCM - Decreto Supremo que regula la fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos por parte del Estado.
14. Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.
15. Resolución de Contraloría N° 195-88-CG.
16. Resolución de Contraloría N° 147-2016-CG que aprueba la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD denominada "*Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra*".
17. Directiva N° 005-2017-OSCE/CD Plan Anual de Contrataciones.

### **Jurisprudencia**

1. STC Exp. N° 00090-2004-AA.

2. STC Exp. N° 03283-2003-AA.
3. Opinión N° 027-2010/DTN.
4. Opinión N° 79-2014-OSCE.
5. Opinión N° 167-2016/DTN.
6. Opinión N° 007-2017/DTN.
7. Opinión N° 12-2017/DTN.
8. Opinión N° 025-2017/DTN.
9. Sal Cas Civil. Rad. 540001-3103-006-1999-00280-01), Corte Suprema de Justicia, 2012.
10. Sentencia Expediente 14.577, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, 2003,
11. Sala Contenciosa Administrativa, Consejo de Estado, Rad: 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), 2009.